

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Objeto y Legitimación.

Director: Prof. Dr. J. M^a GIMENO FELIU

Autor: GALLEGO FLETA, SERGIO

Mayo de 2014

ÍNDICE

-	ABREVIATURAS.....	3
-	INTRODUCCIÓN.....	4
1-	PLANTEAMIENTO.....	5
1.1-	El recurso especial en materia de contratación. Un producto derivado del derecho comunitario. Las Directivas Recursos.	5
1.2-	La transposición en España de las Directivas recursos. La ley 34/2010, de 5 de agosto.	11
1.3-	La creación de un órgano administrativo especializado independiente. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y sus homólogos autonómicos.	13
2-	CONFIGURACIÓN LEGAL DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	18
2.1-	El objeto del Recurso especial.	18
2.2-	Consideraciones y reflexiones: propuestas para un régimen de recurso especial obligatorio, único o no fragmentado y completo en materia de contratación pública.	24
2.3-	El plazo de interposición.....	41
2.4-	Legitimación.	45
2.5-	La tramitación del recurso especial.....	51
3-	CONCLUSIÓN. EL RECURSO ESPECIAL EN UNA VISIÓN DE CONJUNTO. PROPUESTAS DE MEJORA.	58
-	BIBLIOGRAFÍA.....	61

- **ABREVIATURAS.**

CE	=	Constitución Española
LCSP	=	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
LBRL	=	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
LRJ-PAC	=	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LJCA	=	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
SARA	=	Sujeto a Regulación Armonizada.
STC	=	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo.
STJUE	=	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TACRC	=	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
TACPA	=	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
TARCJA	=	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
TFUE	=	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	=	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLCS	=	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
TSJ	=	Tribunal Superior de Justicia.
UTE	=	Uniones Temporales de Empresarios.

- INTRODUCCIÓN.

El **objeto** del presente trabajo es abordar de una forma completa, exhaustiva y pormenorizada el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación pública, en análisis de la evolución legislativa y adecuación de la misma a los postulados comunitarios que la institución ha experimentado hasta su materialización en el régimen legal vigente, tras la reforma operada por la Ley 34/2010, en transposición de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 y su concreción en el TRLCSP. Asimismo, trata de sistematizar la doctrina administrativa que los Tribunales administrativos especializados e independientes emanan, respecto de uno de los principales problemas con los que *de facto* se encuentran, esto es, el régimen de legitimación para interponer recurso especial. Y por último, desde una perspectiva crítica, a la vista de las sombras que de la regulación del sistema se infieren, formular *de lege ferenda* propuestas de mejora del mismo, hacia la configuración de un sistema de recurso especial obligatorio, unitario o no fragmentado y completo, frente al sistema complejo y alambicado *de lege lata*, habilitante de diferentes vías de recurso, especial en materia contractual, administrativa general, o jurisdiccional con las diferencias procesales y procedimentales anudadas que cada uno atrae.

En otro orden de cosas, la **motivación** que me llevó a la elección del tema es la importancia capital que el régimen de contratación pública tiene en nuestros días, disciplinando una realidad económica de primer orden y el lastre de corruptelas que sobre el mismo pesa en la actualidad. Aspectos que suplican la configuración de un sistema de recurso específico, rápido, útil, efectivo y eficiente a fin de salvaguardar las garantías de todos y, entre ellas, la del destino de los dineros públicos implicados.

Finalmente, en lo relativo a la **metodología** seguida en el mismo, el trabajo parte de un planteamiento inicial, en el sentido de mostrar la evolución legislativa de la institución en pro de su adecuación a las exigencias comunitarias <<Directivas recursos>> hasta su concreción en la regulación vigente y la creación de los Tribunales Administrativos especiales en materia de contratación pública. Para a posteriori centrar su análisis en el régimen legal del sistema de recurso, a la luz de la sucinta regulación legal y apoyada en la doctrina administrativa al respecto. Para finalmente reflexionar sobre la conveniencia de un nuevo sistema especial de recurso *de lege ferenda*.

1- PLANTEAMIENTO.

1.1- El recurso especial en materia de contratación. Un producto derivado del derecho comunitario. Las Directivas Recursos.

El Derecho de la contratación pública ha experimentado en las últimas décadas un profundo proceso de europeización. Con el fin de desarrollar el mercado interior, se han aprobado sucesivas directivas en materia de contratación pública con el objetivo fundamental de asegurar la competencia entre los interesados en un procedimiento de licitación de un contrato público. Así las cosas, en la actualidad las directivas vigentes, por surtir efectos en materia de contratación pública, son la Directiva 2004/17/CE, y la Directiva 2004/18/CE.¹

Es por ello que en relación a la cuestión del control de la contratación pública para que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato no se presenten como una mera declaración de intenciones sin sustrato material de fondo es necesario articular mecanismos de recursos prejudiciales específicos que doten al sistema de credibilidad jurídica e impongan un marco de seguridad jurídica en el que los distintos operadores despliegan su actividad.

Descendiendo a un plano más concreto, para que el sistema funcione es preciso que se dote a éste de un mecanismo eficiente de garantías, que juegue un papel corrector y preventivo a su vez, a fin de ser realmente eficaz. Es por ello que al objeto de que se produzca una verdadera apretura a la libre competencia, el sistema de contratación pública debe estar apoyado por un sistema de control eficaz que aporte seguridad jurídica, puesto que de lo contrario se produciría un efecto disuasorio respecto de las potenciales empresas licitadoras, que se sentirían vulnerables ante posibles infracciones, de tal modo que renunciarían a participar en los procedimientos de licitación ante la inseguridad de que eventuales contingencias pudieran ser efectivamente corregidas.²

¹ El pasado viernes 28 de marzo de 2014 se ha procedido a publicar en el DOUE el nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

² En este mismo sentido se pronuncia el cuarto considerando de la Directiva 89/665/CEE << La ausencia de los medios de recursos eficaces [unido] a la insuficiencia de los medios de recursos existentes en

Bajo este prisma, desde una visión europeísta, la Unión Europea sobre la base del art. 95 TCE, desde finales de los años noventa ha aprobado varias directivas con la finalidad exclusiva de asegurar el cumplimiento de las reglas de adjudicación de los contratos, esto es, las Directivas 89/665 y 92/13, reformadas por la Directiva 2007/66 CE. Con este objetivo éstas directivas denominadas <<de recursos>>, exigen la creación de un sistema de recursos rápido y eficaz para tutelar los derechos e intereses de los licitadores y candidatos que participan en un procedimiento de adjudicación, obligando a los Estados miembros a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Es por ello que de acuerdo con la legislación vigente, como a posteriori se explicará, goce de especial importancia el plazo de espera mínimo *ex lege* que opera entre la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, previsto en la normativa de contratación del sector público, que se hace coincidir con el plazo de interposición del recurso, arts. 43.2 y 156.3 TRLCSP, a lo que se suma, que una vez interpuesto, si lo es contra la decisión de adjudicación, se produzca la suspensión automática, ex art. 45 TRLCSP, evitándose la perfección del contrato, y por ende la eficacia del recurso.

En definitiva, en objetivo de las citadas Directivas es el de animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos, de forma que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato no se presenten como una mera declaración de intenciones sin sustrato material de fondo, sino que éstos operen *de facto* en la realidad jurídica de los Estados miembros, siendo para ello necesario articular mecanismos de recursos prejudiciales específicos que doten al sistema de credibilidad jurídica e impongan un marco de seguridad jurídica en el que los operadores despliegan su actividad.

Las Directivas recursos, regulan una serie de procedimientos de control que tienen como *telos* controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa

algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación >>>.

comunitaria de contratación pública o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho, mediante la instauración de recursos rápidos y eficaces a tal efecto. En consonancia con lo anterior, el art. 81 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, se hace eco de la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, contemplando, incluso, la posibilidad de que pueda sustanciarse ante una agencia independiente.

Según la regulación llevada a cabo por las Directivas recursos, los posibles mecanismos de control que en éstas se contemplan, como indica PIÑAR MAÑAS³ son dos, recursos y actuación de la Comisión, y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización), para la efectividad de la primera.⁴

1) Vías de recurso en el plano nacional:

El objetivo de estas vías de recurso es tratar de que existan mecanismos para garantizar que las decisiones adoptadas puedan ser recurridas de forma rápida, pudiendo adoptarse medidas cautelares para corregir las presuntas infracciones. A través de ellas se impone la obligación a los Estados miembros de organizar un sistema de recursos rápido y eficaz sobre la base de presentar reclamación ante una de las tres siguientes instancias: frente al poder adjudicador, frente a un organismo que puede ser administrativo o frente a un organismo jurisdiccional, si bien, en todo caso, corresponde al derecho interno de cada Estado miembro designar el correspondiente órgano competente.⁵

³ PIÑAR MAÑAS <<El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria>>, en *Libro Homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid 1993, pp. 782.

⁴ Un análisis exhaustivo acerca de esta cuestión la encontramos en el trabajo de J. M^a GIMENO FELIU (dir.) en <<El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos>>, *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 214 y ss.

⁵ Debe advertirse, que a pesar de que al final se opte por atribuir la competencia de resolver el recurso a un órgano administrativo especializado, que a los ojos comunitarios tiene el carácter de órgano jurisdiccional, la Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional, como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión, la STJUE de 4 de febrero de 1999 entiende, que para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de organismo jurisdiccional en el sentido del Tratado, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia.

En la regulación actual, tal y como se configura el TACRC, como órgano especializado, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el cual actúa con independencia funcional, que se proyecta sobre el régimen jurídico del nombramiento y permanencia en el cargo de sus miembros, en relación con la independencia e inamovilidad de los mismos. Estas características, pueden llevar a considerar a estos órganos como órganos jurisdiccionales a los efectos del Derecho europeo, por lo que no

Además, en todo caso, deberá reconocerse el derecho a la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados. (STJUE de 9 de diciembre de 2010).

2) Intervención de la Comisión.

Se reconoce a la Comisión legitimación para instar a los Estados a la corrección de las irregularidades << claras y manifiestas >> que se produzcan en el seno de un procedimiento de adjudicación de un contrato público al objeto de que se adopten medidas adecuadas para obtener la rápida corrección de cualquier presunta infracción.⁶ En caso de que la Comisión no se encuentre satisfecha con la contestación del Estado (plazo de 30 días), o en caso de que este no responda, goza de legitimación para instar un procedimiento de incumplimiento contra el Estado por la vía del art. 258 TFUE.

Sin embargo, en este estado de cosas el sentido de las Directivas Recursos no fue acogido ni por los poderes adjudicadores ni por los licitadores, configurándose un sistema débil e ineficaz respecto de los postulados que anhelaban dichas normas comunitarias, consecuencia que debido a la regulación vigente en dicho instante, en caso de celebración ilegal de un contrato de adjudicación directa, las empresas perjudicadas sólo disponían de la posibilidad de entablar un recurso por daños y perjuicios, de modo que no se permitía volver a someter a licitación aquel contrato adjudicado ilegalmente, así como los efectos perniciosos derivados de la práctica conocida como <<pronta firma>> del contrato, dada la ausencia de mecanismos que permitieran suspender a su debido tiempo la firma de un contrato público cuya adjudicación se impugna, para evitar la irreversibilidad que de la celebración del contrato casi siempre se derivaba, de modo que tras la celebración del contrato el único remedio era la indemnización de daños y perjuicios.⁷

sería necesaria una segunda instancia jurisdiccional para satisfacer las exigencias de las directivas, sin embargo, distinta es la necesidad de esa instancia a nivel nacional, consecuencia de la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE.

⁶ En éste sentido véase Considerando octavo Directiva 89/665/CEE.

⁷ En éste sentido, el Considerando (4) Directiva 2007/66/CE, destaca como uno de los puntos débiles de la regulación anterior, la cual viene a superar, la ausencia de un plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste, conduciendo en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. En consecuencia, (...) << A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los licitadores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de firma del contrato >>.

Es por ello, por lo que se llevó a cabo la reforma de las Directivas Recursos mediante la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, cuyo objetivo principal es el de constituir un sistema eficaz de recursos superando situaciones de ineficacia, inseguridad jurídica e incumplimiento reiterado de las Directivas sobre contratos públicos.⁸

Entre las novedades que introduce la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, es de destacar como modificaciones sustanciales, el establecimiento de un plazo suspensivo mínimo, ex art. 2.bis.2, de al menos 15 días civiles a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores que hayan participado en el procedimiento de adjudicación,⁹ entre la decisión de adjudicación de un contrato y su celebración, durante el cual quede en suspenso la celebración del contrato en cuestión, así mismo, la ineficacia de todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal, así como la supresión del sistema voluntario de certificación previsto en la Directiva 92/13/CEE, como la supresión del mecanismo de conciliación.

En suma, de lo dispuesto en las Directivas, se infiere la necesidad, de existencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de un recurso específico, rápido y eficaz en materia de contratación pública que impida la celebración y ejecución del contrato, en tanto no se produzca resolución expresa del mismo evitando la consolidación de actos. Máxime, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

⁸ Ante este estado de cosas subsistentes a la realidad jurídica anterior a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, la situación fáctica existente devino en un sistema de recursos débil e ineficaz cuyos puntos débiles, ya apuntados *supra*, fueron los derivados de la práctica conocida como “pronta firma” del contrato, así como el problema de las adjudicaciones directas ilegales, de modo que tras la formalización del contrato, el único remedio era la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, como reacción a la regulación anterior, de la mano de la citada reforma, llevada a cabo por la Directiva 2007/66/CE, se pretende animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro, mediante la instauración en éstos de un sistema eficaz de recursos incitando a los órganos de contratación a cumplir la legalidad ante la eficacia de los recursos precontractuales ahora instaurados. En este mismo sentido se pronuncian los considerandos tercero y cuarto de la Directiva, así como el preámbulo de la Ley 34/2010 de 5 de agosto, de transposición al ordenamiento jurídico español de la anterior directiva que indica que << La finalidad de la reforma no fue otra que reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz >>.

⁹ A estos efectos entiendo que el plazo es de al menos 15 días naturales, puesto que a la vista de los tres plazos que el art. 2.bis.2 Directiva 2007/66/CE prevé en función de la forma de notificación que se prevea en la legislación nacional, éste es, el único plazo que debe aplicar, ya que la forma de notificación de la adjudicación provisional es la publicación en el Boletín Oficial o Perfil del contratante, no encajando ni en el primero ni en el tercero de los plazos. El mismo criterio se sigue respecto del plazo para interponer recurso, ex art. 2.quater Directiva 2007/66/CE, lo que motivó la modificación aumentando el plazo de 10 a 15 días hábiles, tras la Ley 34/2010 en aplicación de la citada directiva.

(TJUE), ya desde mucho antes de la reforma de las directivas en 2007, viniera declarando la necesidad de que se estableciese un sistema de recursos *ad hoc* en el campo de la contratación en línea a la STJUE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel) al afirmar que la Directiva recursos de 1989;

<< Debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato >>.

Añadiendo que el texto de la Directiva << no puede interpretarse en el sentido de que, no obstante la inexistencia de recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos están facultados para conocer de recursos en las condiciones enunciadas en esta disposición >>. Esto es, no basta con la aplicación de los recursos ordinarios que los Estados tengan establecidos para el resto de la actividad administrativa, sino que es preciso que diseñen un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública.¹⁰

En definitiva, se debe de configurar un sistema de recursos, que para que sea acorde con la regulación prevista en la Directiva Recursos, impida la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso (esto es, se prevea la suspensión automática del proceso entre la adjudicación y la celebración o perfección del contrato), tal y ha sido afirmado en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de suspensión obligatorio entre la adjudicación antes de que proceda la ejecución de la prestación recurrida. A su vez, se caracterice por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir la infracción cometida (STJUE de 28 de

¹⁰ A este respecto véase el trabajo de BELÉN NOGUERA DE LA MUELA, en <<El Recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE>>, en *El Derecho de los Contratos Públicos*, pp. 296 y ss.

octubre de 1999 (Alcatel)). Y por último, en lo relativo al sistema de plazos, a pesar de que éstos puedan ser preclusivos, en todo caso la información que se suministre a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de ésta, no siendo suficiente, la mera comunicación del rechazo de su oferta al licitador en el proceso de adjudicación sino que debe de informársele de los motivos por los que ésta fue excluida para que pueda formarse una opinión fundada sobre la posible existencia de una infracción de la normativa y sobre la oportunidad de interponer un recurso, de modo que el plazo para interponerlo tenga como *dies a quo* la fecha en la que el recurrente haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de la infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex), sin que tal comunicación materialmente fundada al licitador excluido, pueda producirse una vez expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, Comisión-Irlanda).

1.2- La transposición en España de las Directivas recursos. La ley 34/2010, de 5 de agosto.

Como indica DÍEZ SASTRE, en ocasiones los Estados miembros se han mostrado reuentes, en mayor o menor medida hacia la transposición de éstas directivas (Directivas Recursos), pues hay que tener en cuenta que en algunos casos, como en los países de tradición germánica, la adaptación al Derecho europeo suponía el abandono de la propia tradición jurídica nacional.¹¹

En este sentido en España se ha considerado tradicionalmente que las exigencias europeas de protección de los licitadores frente a la adjudicación de los contratos se satisfacían con el sistema ordinario de recursos¹². Es por ello, razón por la cual no se articuló ningún sistema específico de tutela de los licitadores en la fase precontractual, rigiendo las normas generales sobre los recursos administrativos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, LRJ-PAC), así como las reglas de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción

¹¹ S. DÍEZ SASTRE, << El recurso especial en materia de contratación pública>> *Anuario de Derecho Municipal* núm. 5, 2011, Pág. 128.

¹² Al respecto, véase la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que afirmaba que <<el derecho español se adapta ya a las exigencias y garantías que contiene la directiva comunitaria>>.

Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), de lo se infería una escasa eficacia de los recursos, siendo habitual que el proceso de impugnación culminase cuando la ejecución del contrato ya hubiese acabado o cuando se encontrase en fase final, impidiendo la restitución del interesado en su derecho a la tramitación legal del procedimiento de adjudicación a la adjudicación del contrato, de modo que, el licitador no obtuviese tutela o que, en su caso, obtuviese únicamente una compensación económica.

Ello derivó a la revisión de la regulación legal, tras la condena al Reino de España el 15 de mayo de 2003, mediante la Ley 62/2003 de acompañamiento, por la cual se adicionaba un nuevo art. 60 bis a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Regulación que resultó un nuevo incumplimiento de la legislación española al respecto, STJUE de 3 de abril de 2008 de condena del Reino de España. A estos efectos, la LCSP resolvió la cuestión mediante la configuración de un recurso especial de contratos públicos para contratos sujetos a regulación armonizada que debía resolver el mismo órgano de contratación, de modo que no se daba la nota de independencia al no ser resuelto éste por otro órgano independiente del que dictó el acto impugnado.

En este estado de cosas, la obligación de transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las prescripciones recogidas en la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, cuya plazo de transposición ya había vencido, junto a la obligación de dar cumplimiento con la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España por la insuficiencia del sistema de recursos, consecuencia de la no previsión legal de un plazo obligatorio de notificación a los licitadores y no prever un plazo de suspensión automático entre la adjudicación del contrato y su celebración, en virtud de la Ley 34/2010 de 5 de agosto, se optó por la creación de un Tribunal Administrativo independiente especializado, incorporándose a la regulación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para finalmente adherirse a la regulación actual, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

1.3- **La creación de un órgano administrativo especializado independiente. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y sus homólogos autonómicos.**

Puesto que una de las mayores críticas vertidas sobre la configuración del recurso especial en materia de contratación había sido la atribución de la competencia para la resolución del recurso, cuando se tratase de contratos de una administración pública, al propio órgano de contratación que hubiese dictado el acto objeto de recurso (al puro estilo del hoy vigente recurso potestativo de reposición ex art. 116 LRJ-PAC), o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tuviese el carácter de administración pública, resultaba del todo cuestionable, que siendo el mismo órgano que dicta el acto objeto de recurso el que resolviese sobre el mismo, éste fuese eficaz, se optó por la creación de un nuevo órgano administrativo independiente y especializado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, tras desechar otras posibles alternativas,¹³ al que se atribuye la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública, actuando con independencia funcional, que se proyecta sobre el régimen jurídico del nombramiento y permanencia en el cargo de sus miembros, en relación con la independencia e inamovilidad de los mismos (puesto que sólo podrán ser removidos de su cargo por las causas específicas que el art. 41.1 párrafo 7º TRLCSP especifica).¹⁴

En cuanto a la composición, éste está constituido por un mínimo de un Presidente, y dos Vocales (pudiendo incrementarse reglamentariamente el número de vocales, cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje), nombrados por periodos de seis años de entre funcionarios de carrera cuerpos y escalas

¹³ Otras posibilidades alternativas a la creación del órgano administrativo especializado, fueron, tanto la posibilidad de atribuir competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado), como la de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico Administrativo Central (opción rechazada por la falta de especialización de sus miembros y la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación), así como la opción barajada por la doctrina (J.Mª GIMENO FELIU) de atribuir tales competencias a las Juntas Consultivas de Contratación, puesto que se trataban de órganos ya en funcionamiento, y compuestos por expertos independientes en materia de contratación pública.

¹⁴ Son causas de remoción de sus cargos, *ex lege*; a) la expiración del mandato, b) renuncia aceptada por el Gobierno, c) pérdida de la nacionalidad española, d) incumplimiento grave de sus obligaciones, e) condena a pena privativa de libertad o a inhabilitación absoluta o especial para el empleo o cargo público por razón de delito, y f) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

a los que se acceda con título de licenciado o de grado (en Derecho para el caso del presidente, matiza el precepto legal) y que hayan desempeñado su actividad profesional superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. (art. 41.1 TRLCSP).¹⁵ Además de que, como se deriva de las concretas causas de cese de los miembros, han de ostentar la nacionalidad española, correspondiendo el nombramiento al Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Justicia.

Se deja la puerta abierta a que las Comunidades Autónomas, así como las ciudades autonómicas de Ceuta y Melilla, puedan crear sus propios órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública, bajo la condición de que éste goce de independencia, sin prejuzgar el carácter unipersonal o colegiado del mismo, si bien, bajo la condición de que sus miembros <<garanticen un adecuado conocimiento de las materias que deba conocer>> o por el contrario suscribir convenio con la Administración General del Estado para que sea el TACRC quien conozca de los recursos planteados en sus respectivos ámbitos de competencia, ex art. 41.3 TRLCSP.¹⁶

¹⁵ El nombramiento es por un periodo de seis años improrrogables, salvo, en caso de la primera renovación, que se llevará a cabo de forma parcial a los tres años del nombramiento, determinando por sorteo qué vocales deben ser cesados.

¹⁶ En el ámbito de las CCAA, la existencia de órganos independientes para la resolución de recursos en materia de contratación contaba con dos antecedentes, el caso de Islas Baleares, pionera en establecer un recurso potestativo, cuya competencia para resolver ostentaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (ex art. 66 Ley 3/2003, de 26 de marzo de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears), así como la posibilidad de reclamación ante la Junta de Contratación Pública, cuya habilitación legal procuró la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra.

A éste respecto, finalmente, las CCAA han comenzado a prever y crear sus propios órganos de resolución de recursos contractuales. Así en Andalucía, su Tribunal, de carácter unipersonal, comenzó a actuar en diciembre de 2011, conforme al Decreto 332/2011, de 2 de noviembre. En Aragón, se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (arts. 17 a 21). A su vez Cantabria, mediante la Ley 1/2010, de 27 de abril, autoriza al Gobierno a crear un órgano específico a estos efectos, si bien todavía no se ha constituido. En Cataluña, se ha creado el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, ya que mediante la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, que creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, se previó la posibilidad de transformar el órgano unipersonal en órgano colegiado cuando el volumen y la especificidad de los asuntos lo aconsejaran. Castilla y León, también ha previsto su creación a través de la Ley 1/2012 de 28 de febrero de Medidas Tributarias, Administrativas, y Financieras de Castilla y León. A su vez, Madrid, también ha optado por la creación su propio órgano especializado, en virtud del art. 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas, y Racionalización del Sector Público. Así como el País Vasco, que creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en virtud de la D.Ad 8ª de la Ley 5/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2011. A su vez también optó por ésta opción la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, tras la modificación de la Ley 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra, por Ley 3/2013, de 25 de febrero, y la inclusión del art. 208 bis.

Por otro lado, para el caso de recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas, ex art. 41.5 TRLCSP, son competentes el órgano que resuelva los recursos referidos a la Administración a la que se vincule la entidad. En caso de que el ente estuviese vinculado a más de una Administración, habrá que atender al órgano competente para resolver el recurso de la Administración que tenga un control o participación mayoritaria en la entidad. Si bien, en caso de que la participación o control sea igual, el recurrente podrá elegir entre los órganos competentes. Por ejemplo, pensemos en un supuesto de una Administración mixta con participación tanto Estatal como de una Comunidad Autónoma, el recurrente podría acudir tanto frente al TACRC o frente al correspondiente órgano autonómico en caso de que existiere. La misma regla se aplica respecto la determinación de la competencia en los Contratos subvencionados, ex art. 41.6 TRLCSP, esto es, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de los distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes.

Por último, me gustaría hacer alusión, a la cuestión relativa a los entes locales, ya que, ex art. 41.4 TRLCSP, se prevé que en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos vendrá establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuidas competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Por tanto, existe una remisión a los legisladores autonómicos acerca de la regulación en torno a la competencia para resolver los conflictos de contratación a nivel local, así en tanto no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito, de modo que lo ordinario ha sido que los órganos autonómicos creados para la resolución de éstos recursos especiales asuman la competencia para resolver los recursos interpuestos contra los actos de las Corporaciones Locales que tengan sede en su territorio.

En efecto, son tres las Comunidades Autónomas que han admitido la creación de órganos de recurso *ad hoc* a nivel local. Éste es el caso del País Vasco dónde se prevé la posibilidad de que los municipios de más de 50.000 habitantes creen sus propios órganos de recurso (Disp. Adic. 5 Ley 5/2010), y en idéntico sentido el caso de Cataluña, y también de Andalucía, que contemplan tal posibilidad, esta vez, sin límite poblacional, ex art. 10, del Decreto 322/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Aunque, sin embargo, el desarrollo de la citada previsión también ha sido desigual en las tres Comunidades Autónomas. Ya que, ningún municipio catalán o vasco ha constituido su propio órgano de recurso, aunque, en el País Vasco las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya sí que han creado sus propios órganos de recurso, mientras que en Andalucía hay constancia de la creación de órganos de recurso en las Diputaciones de Granada¹⁷ y Jaén, y en los municipios de Granada, Sevilla y Málaga.¹⁸ A su vez, la normativa vasca y catalana reconoce la competencia subsidiaria del órgano de recurso autonómico en tanto no se haya constituido el órgano de recurso propio por la entidad local, subsidiariedad que no quedó recogida en la normativa andaluza, lo que generó problemas de competencia al respecto.¹⁹

Sin embargo, el caso más paradigmático, viene de la mano de la creación de su propio órgano de recurso por parte del Ayuntamiento de Granada, al aprobar el Reglamento de Funcionamiento de su Tribunal Administrativo de Contratos Públicos.²⁰ Así, siguiendo lo dispuesto por M.Á. BERNAL BLAY, a la luz de las concretas atribuciones que a dicho tribunal se han otorgado, que junto a las clásicas atribuidas a éstos como son la resolución de recursos especiales, de cuestiones de nulidad y solicitudes de medidas cautelares, han sido atribuidas a éste competencias impropias, incompatibles con la independencia de este tipo de órganos que en todo caso debe ser

¹⁷ Véase la página web del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada: <http://pdc.dipgra.es:8080/pdcGRA/AdministrativeCourtDetail.action>.

¹⁸ Es objeto de estudio acerca de la independencia de éstos órganos de recurso especial *ad hoc* de las Entidades Locales, por M.Á. BERNAL BLAY en <<La independencia de los órganos de recurso especial de las Entidades Locales>> publicado el 16 de septiembre de 2013, en Observatorio de Contratos Públicos: www.obcp.es.

¹⁹ El no reconocimiento de tal subsidiariedad, del órgano de recurso autonómico en el caso de Andalucía provocó un conflicto de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución núm. 73/2012, al cuestionarse su competencia para conocer de un recurso interpuesto contra un contrato del Ayuntamiento de Jaén, entidad que ni había creado su órgano de recurso ni había conveniado con el Tribunal autonómico, inadmitiendo el recurso, ante la ausencia de una norma o convenio que le atribuyese la competencia para resolver ese recurso.

²⁰ Reglamento de funcionamiento publicado en el BOP de 17 de febrero de 2012. Al respecto, véase *web site* del Tribunal en: <http://www.granada.org.es/contrata.nsf/tacp>.

respetada, aun cuando se traten de Tribunales creados por Entidades Locales, como lo es la participación de éste en la elaboración de instrucciones internas de contratación, o actuar como órgano consultivo de los entes adjudicadores del municipio, de la provincia y de otras entidades locales que así lo requieran. De modo que no goza de imparcialidad, a priori, un órgano, a quién se le encarga la resolución de recursos que podrían afectar a la legalidad de los procedimientos de adjudicación tramitados por esos mismos entes, sobre los cuales ha participado o asesorado, *ex ante* ²¹.

En conclusión, no me muestro partidario de la proliferación de los tribunales administrativos dentro del ámbito municipal, puesto que en favor de una mayor seguridad jurídica y predictibilidad del sistema, se requiere la creación de una doctrina administrativa coordinada y consolidada, cuya obtención sería difícil si optamos por un sistema disgregado en orden de distintos órganos administrativos de recurso especial en materia de contratación a distintos niveles dentro del mismo territorio de una misma Comunidad Autónoma, y en menor medida cuándo se opta por la solución de creación de un tribunal *ad hoc* en el ámbito local, como en el caso granadino, mediante atribuciones impropias, no compatibles con el régimen de independencia, en lo que al órgano encargado de la resolución del mismo se refiere. En definitiva, entiendo que la posibilidad de disgregar el sistema de recurso mediante la creación de tribunales propios a nivel municipal no es sino un terreno fértil para tratar de controlar por parte de los Municipios una actividad correctora e incómoda que pueda tumbar las oscuras aspiraciones de los poderes adjudicadores municipales. La independencia de la que gozan los órganos de recursos y que se erige como pilar sobre el que se sustenta el correcto funcionamiento de los mismos, puede quedar más fácilmente socavado si es el ente municipal quién crea su propio órgano a su medida a fin de evitar una actuación incómoda para sus intereses de Tribunales ajenos, ya que sin independencia, de poco sirve el sistema.

²¹ A éste respecto véase, M.Á. BERNAL BLAY, <<Tribunales de contratos y Administración Local>>, publicado el 27 de febrero de 2012, en *Observatorio de contratos Públicos*: www.obcp.es.

2- CONFIGURACIÓN LEGAL DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1- El objeto del Recurso especial.

A la luz de la regulación vigente en materia de contratos del sector público el objeto del recurso especial en materia de contratación se configura en base a una doble vertiente, conforme a la cual a la hora de dirimir el objeto del recurso especial en materia de contratación pública es necesario prestar especial atención a que el contrato, objeto de impugnación, se encuentre dentro de aquellos que el TRLSP, ex art. 40.1, fija como susceptibles de recurso especial en materia de contratación, con la condición de que se celebren por Administraciones Públicas o entes del sector público que tengan la condición de poder adjudicador a los ojos de la ley, y se traten de actos relacionados con los que el art. 40.2 TRLCSP preceptúa como actos objeto de recurso.²²

A este respecto, tratándose de una de las lagunas más destacadas por la doctrina de la actual configuración del objeto del recurso especial en materia de contratación pública, como a posteriori se reseñará, debido a la no extensión integral del sistema en lo que respecta a los contratos susceptibles de ser objeto de recurso, haciéndose depender del importe del contrato, el art. 40.1 TRCSP, mantiene la restricción a los contratos sujetos a regulación armonizada, esto es, los contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado, también conocidos como contratos CPP y acuerdos marco, en todo caso, así como los contratos celebrados por entes que tengan la condición de poder adjudicador y pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: contratos de obras, concesión de obras públicas, contratos de suministro, contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II TRLSP, cuyo valor

²² Tras la reforma operada por la Ley 34/2010, de reforma de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y su posterior incorporación al TRLCSP se ha aclarado el ámbito subjetivo de aplicación del recurso especial siendo necesario que el procedimiento de adjudicación se refiera a las Administraciones Públicas y otras entidades que tengan la condición de poderes adjudicadores, es por ello que considero preciso aclarar qué se entiende por Administración Pública dentro del ámbito subjetivo aplicación del TRLCSP, así como las entidades que dicha Ley otorga la categoría de Poder Adjudicador. En este estado de cosas y dentro del complejo y laberíntico marco regulador del ámbito subjetivo del TRLCSP, siguiendo el art. 3.3 del mismo texto legal, se consideran poderes adjudicadores, a los efectos de ésta Ley; a) Las Administraciones Públicas (sobre qué entiende el TRLCSP por AAPP véase la regulación contenida en el art. 3.2 del mismo texto legal, configurador del particular concepto de AAPP a éstos concretos efectos), b) Demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que no tengan la condición de AAPP, que cumplan dos condiciones, que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general, y que se encuentren financiados y/o controlados por un poder adjudicador, así como también, c) Las asociaciones constituidas por entes, organismos o entidades de los anteriores.

estimado sea igual o superior a los umbrales comunitarios vigentes a tal efecto respectivamente.²³

A su vez también son recurribles los contratos de servicios, comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 €. ²⁴ Así como los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos del primer establecimiento²⁵, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a cinco años.²⁶ Como también, lo son, los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, ex art. 17 TRLCSP.²⁷

Por otra parte, en relación con la otra vertiente antes señalada, actos susceptibles de recurso, éste alcanza, a cualquier decisión, en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos de adjudicación, puesto que ello se trata de la aplicación misma de una interpretación asentada por el Derecho comunitario, por la cual, rige el recurso en la

²³ En este sentido a partir del 1 de enero de 2014, a través del Reglamento (UE) 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013, se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Así las cosas, los contratos de obras quedarán sujetos a regulación armonizada cuando su valor estimado supere los 5.186.000 €. Del mismo modo, contratos de servicios y suministros tendrán la consideración de sujetos a regulación armonizada cuando su valor estimado supere los 134.000 € (cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) o 207.000 € (si los celebra cualquier otro poder adjudicador).

²⁴ Cifra actualizada por el artículo único 1 b) de la Orden HAP/2425/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público, en vigor a partir del 1 de enero de 2014.

²⁵ Acerca de la noción de Gastos de primer establecimiento, es aclaratorio el Acuerdo 44/2012 TACPA.

²⁶ A estos efectos la regulación en lo que respecta a ciertos contratos de gestión de servicios públicos, que no se regulan por las directivas de contratación, puesto que a los ojos del Derecho europeo se desconoce el concepto de gestión indirecta de servicios públicos, y que, sin embargo, tienen una importancia asimilable a los contratos armonizados, así como ciertos contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II TRLCSP no sujetos a regulación armonizada, va más allá de las determinaciones de las directivas de recursos, en la medida de que junto a los contratos armonizados incluye determinados contratos no sujetos a regulación armonizada. Cuestión que no excluye, en mi opinión, de toda crítica el carácter restrictivo de los contratos susceptibles de ser objeto de recurso, en su limitación genérica a los contratos sujetos a regulación armonizada, si bien con éstas dos salvedades de bulto, no optando por lo que debería ser, esto es, un sistema de extensión íntegra, no limitado al importe concreto del contrato objeto de impugnación.

²⁷ Esto es, son contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, los contratos de obras y los contratos de servicios definidos como tales en los arts. 6 y 10, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50% de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

- a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.186.000 €.
- b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 €.

medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un proceso de adjudicación de un contrato público. En definitiva, dentro de los tipos contractuales que se vinculan al recurso especial, el TRLCSP determina expresamente los actos que podrán ser objeto del mismo, ex art. 40.2 TRLCSP, esto es, a) los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos que determinen las condiciones de la contratación, b) los actos de trámite del procedimiento, cuando deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento, como lo es, la exclusión de licitadores por la Mesa de Contratación, o producen indefensión o perjuicio irreparable de derechos e intereses legítimos, así como, c) los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Asimismo, puesto que es posible que se vulneren reglas de adjudicación más allá de éstos concretos actos que la ley señala de forma expresa como actos objeto de recurso, la propia norma, en su art. 40.3 TRLCSP, habilita la posibilidad para estos concretos supuestos de potenciales irregularidades que vulneren reglas de adjudicación más allá de los concretos actos previstos *ex lege*, puedan ser puestas de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente, o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, sin perjuicio, en todo caso, de que las posibles irregularidades acaecidas puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

Si bien, hay que tener en cuenta que el propio artículo 40.4 TRLCSP, exceptiona de ésta regla, no cabiendo recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia previsto por el art. 113 TRLCSP, excepción recogida por la norma que goza de toda lógica jurídica y es conforme al sentido común de la institución, puesto que la tramitación abreviada del expediente, en su modalidad de tramitación de emergencia que se sitúa en la fase de preparación del contrato, solo queda abierta ante situaciones de excepcional gravedad, esto es, cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, ya que en dichos casos no existe obligación de tramitar expediente administrativo, pudiendo el órgano de contratación ordenar la ejecución en lo necesario para remediar el acontecimiento producido, o contratar libremente su objeto, sin sujetarse a los requisitos formales que la ley

preceptúa. En consecuencia se trata de una contratación directa, acorde que acorde con la imperante necesidad de respuesta, y la excepcionalidad de los supuestos habilitantes, lo que permite con toda lógica y sentido común que quede exceptuado de la posibilidad de interposición de recurso contra la adjudicación del contrato. Del mismo modo, el TRLCSP acoge la nueva regulación sobre modificación de contratos introducida por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, excepcionando del objeto del recurso a los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales legales, ex art. 107 TRLCSP, a diferencia de las convencionales o previstas en el pliego las cuales *a sensu contrario* sí que gozarían de tutela vía recurso especial. No obstante, un análisis pormenorizado sobre ésta cuestión en el sentido de habilitar *de lege ferenda* la posibilidad de recurso a las modificaciones contractuales legales y convencionales que sean llevadas a cabo una vez adjudicados los contratos al considerar que mediante la modificación contractual ilegal se está procediendo a realizar una nueva adjudicación del contrato, y por tanto, esa «nueva adjudicación» deba poder ser objeto de recurso especial, se llevará a cabo más adelante en el presente trabajo, a la cual me remito.

Una vez apuntados someramente los actos que podrán ser objeto de recurso, ex art. 40.2 TRLCSP, considero preciso pasar a analizar posibles problemas que han surgido respecto de los mismos, a los efectos de llevar a cabo un estudio más detallado al respecto.

- a) En relación con los pliegos de cláusulas generales, el Derecho europeo ha acabado con el debate planteado en torno a la naturaleza jurídica de los mismos, ya sea contractual (informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de Marzo y 22/2004, de 7 de Junio) o reglamentaria (dictámenes del Consejo de Estado nº 2701 de 7 de Diciembre de 1995, nº 606 de 14 de Marzo de 1996 y nº 334 de 11 de Abril de 2002), que en derecho español se había planteado, de forma que de *lege lata* los actos previos de la adjudicación deben poder ser objeto de impugnación si se sospecha que han vulnerado normas de adjudicación del derecho europeo, por ende los pliegos se constituyen como un elemento de control fundamental para detectar los criterios de adjudicación discriminatorios *per se* o que obstaculicen la competencia entre los licitadores.

- b) Respecto de la impugnación de los actos de trámite, también fue objeto de controversia, el hecho de que mientras que la Comisión contrario a las Directivas, que los actos de trámite cualificados fueran objeto de impugnación autónoma, el TJUE, se desmarcó de tal afirmación de la Comisión. Sin embargo, la práctica jurisdiccional española, la posibilidad de impugnación de ciertos actos de trámite cualificados ha permitido dirigirse contra actuaciones intermedias en el procedimiento de adjudicación de manera autónoma. En consecuencia, cabe la impugnación por la vía del recurso especial en materia de contratación pública, puesto que así ha quedado reflejado en la práctica administrativa.²⁸
- c) En tercer lugar, hay que centrar el análisis en lo que respecta a la posibilidad de entablar recurso contra el acto de adjudicación, configurador de la máxima garantía del procedimiento de recurso. A éstos efectos la novedad de la dicción literal de éste precepto fue la supresión de la referencia del carácter provisional de estos acuerdos para que sean recurribles, como hacía el extinto art. 37 LCSP. La razón de ésta omisión es la supresión de esa dualidad de acuerdos (provisional y definitivo), recuperándose el trámite único de adjudicación de los contratos públicos, tras la reforma operada por la Ley 34/2010, de ahí que no se entienda por qué el tenor literal del precepto hace referencia a la posibilidad de

²⁸ A éste respecto, entre otras, es de interés el FJ4º de la Resolución nº 22/2012 del TACRC, de 18 de enero de 2012, que analiza ésta cuestión, admitiendo el recurso contra el acto de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación y el acto de adjudicación del contrato concluyendo que << (...) el procedimiento de licitación en el que ha recaído el acto impugnado versa sobre un contrato de servicios incluido en la categoría 7 del anexo II LCSP con cuantía superior a 193.000 €, conforme al art. 16.1 b) TRLCSP, tiene la condición de contrato sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, son susceptibles de recurso especial en materia de contratos el acto de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, y el acto de adjudicación del contrato. No es susceptible de recurso especial la propuesta de adjudicación, por lo que procede inadmitir el recurso deducido frente a ésta >>. Respecto de esto último, << (...) en el caso de la propuesta de adjudicación del contrato no concurre ninguna de estas circunstancias, pues será con ocasión de la impugnación de la adjudicación realizada cuando puedan realizarse las alegaciones pertinentes sobre cualesquiera aspecto del procedimiento que hayan desembocado en ese resultado >>

Por otro lado, resulta de interés el FJ4º de la Resolución nº 15/2012 del TACRC, de 11 de enero de 2012, que se plantea si es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso el acto de la mesa de contratación en el que se dio lectura a la valoración técnica de los dos licitadores concurrentes y se procedió a la apertura de los sobres que contenían las ofertas económicas de los mismos, admitiéndose ambas, siendo la respuesta negativa, ya que según doctrina consolidada del TACRC se << excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión>>.

entablar recurso contra los acuerdos de adjudicación (en plural), cuando es doctrina pacífica la que entiende que el acuerdo de adjudicación es único.²⁹

En definitiva, lo que exige el Derecho comunitario es que se permita entablar un recurso eficaz tras haber tomado la decisión de adjudicar un contrato y antes de la perfección del mismo. En otras palabras, la adjudicación debe ser plenamente controlable antes de la celebración del contrato con el fin de evitar la consolidación de una adjudicación ilegal que haga más difícil deshacer sus efectos. Es por ello, por lo que se prevé un plazo de espera obligatorio (15 días) entre la decisión de adjudicación y la perfección del contrato (art. 156.3 TRLCSP), tiempo durante el cual discurre el plazo de interposición del recurso (art. 44.2 TRLCSP) y la interposición del recurso especial produce un efecto suspensivo del procedimiento de adjudicación (art. 45 TRLCSP), asegurándose de este modo la posible restitución de las posiciones jurídicas vulneradas.

En otro estado de cosas, nada se dice, en torno a la posibilidad de interponer recurso contra las instrucciones internas de contratación, previstas en el art. 191 TRLCSP, esto es, instrucciones que para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada deban elaborar los poderes adjudicadores que no tengan la consideración, a los efectos del TRLCSP, de Administración Pública. En este sentido, es cierto que dichas instrucciones no forman parte del procedimiento de adjudicación, ya que en definitiva no son sino un *prius* del mismo, si bien, siguiendo la postura de M.Á. BERNAL BLAY, aunque dichos documentos establecen condiciones para la adjudicación de los contratos públicos no tienen naturaleza contractual, o al menos eso se deduce de los preceptos que configuran su régimen jurídico, su asimilación con otros documentos que fijan condiciones de adjudicación, y que sí son recurribles por la vía del recurso especial en materia de contratación pública, ello debería inducir a la inclusión de éstas instrucciones, *lege ferenda*, en el catálogo de actos recurribles que la ley prevé a tal efecto.³⁰ Por tanto se ha perdido la posibilidad de resolver dicho problema legalmente, que ya ha sido afrontado por la jurisprudencia, así el TS (en ATS 5/2011, de 11 de abril, se ha mostrado favorable a atribuir a los órganos de la

²⁹ La desaparición del doble trámite de adjudicación provisional y definitiva, fue declarado contrario a la Comisión Europea, en su Dictamen motivado 260 2190/2002, de 8 de octubre de 2009, al considerar que el recurso contra la adjudicación provisional, equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato.

³⁰ M.Á. BERNAL BLAY: <<Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007>>, *Contratación Administrativa Práctica*. Núm. 100, 2010. Pp. 34.

jurisdicción civil el conocimiento de recursos interpuestos contra las instrucciones internas de contratación.

2.2- Consideraciones y reflexiones: propuestas para un régimen de recurso especial obligatorio, único o no fragmentado y completo en materia de contratación pública.

A pesar de que la configuración actual del sistema de recurso especial en materia de contratación pública ha dotado de credibilidad al sistema al cumplirse las notas de rapidez, eficacia e independencia, como pilares fundamentales sobre los cuales éste se sustenta, en cumplimiento de las pretensiones que sobre éste recaían, lo que ha supuesto un gran avance desde la perspectiva teleológica frente a configuraciones vetustas del recurso especial, también es cierto que a su vez la configuración del mismo por parte del legislador presenta ciertas lagunas, que paso a señalar. Es por ello que el recurso especial en materia de contratación pública *de lege lata* merezca el calificativo de fragmentado, en el sentido de que de la regulación legal se desprende la fragmentación del sistema ya que únicamente ciertos contratos, los previstos a tal efecto en el art. 40.1 TRLCSP, esto es los contratos sujetos a regulación armonizada y ciertos contratos no sujetos a regulación armonizada que la ley considera de especial cualificación delimitados en por su valor estimado, como a posteriori pasará a analizar, se tratan de contratos susceptibles de ser objeto de impugnación.

Por tanto hace depender el régimen de recurso al que el contrato ha de quedar sometido para la corrección de potenciales irregularidades, recurso especial en materia de contratación pública o en su caso recurso jurisdiccional, frente a los recursos administrativos ordinarios, a consideraciones cuantitativas, con las implicaciones y diferencias sustanciales que ello conlleva, ya no sólo en lo referente a los plazos de interposición (15 días hábiles respecto del recurso especial, frente al mes relativo a los recursos administrativos, o los dos meses para el contencioso), sino también en lo que respecta al órgano encargado de su resolución (un órgano administrativo especial e independiente en materia de contratación, para el caso de recurso especial, frente a los órganos jurisdiccionales u órganos administrativos, superior jerárquico o el mismo que dictó el acto, para el caso de los recursos ordinarios), además del carácter suspensivo

automático *ex lege* que caracteriza al recurso especial, frente a la mera posibilidad potencial de suspensión para el recurso administrativo ordinario y el contencioso. De manera que como a continuación paso a proponer en aras de la protección de los intereses en juego, se deba optar, *de lege ferenda* por una extensión integral del sistema, ajena al importe concreto del contrato sometido a tutela, abarcando también al control de actos en fase de ejecución (modificados legales y convencionales), y de carácter obligatorio.

Centrándonos en un análisis profundo respecto a la limitación del objeto del contrato, como brevemente ha sido apuntado anteriormente en éste trabajo como una de las lagunas más destacables por la doctrina y que va a ser objeto de un análisis exhaustivo en esta sección, a los contratos sujetos a regulación armonizada, ex art. 40.1 TRLCSP, no haciendo posible una extensión integral del sistema, sino haciéndolo depender del importe concreto del contrato. Cuestión que no tiene justificación lógica al respecto, ya que la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconsejaba la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato, al mismo tiempo que, siguiendo esta línea argumental, el Consejo de Estado ya se había manifestado al respecto en su preceptivo Dictamen 514/2006 afirmando que:

<< La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de

adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos quedan cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a regulación armonizada, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados >>.

De todo ello se deriva que ante la exclusión legal del objeto del recurso de todos aquellos contratos no sujetos a regulación armonizada³¹, se remita su tutela a lo dispuesto en la legislación general, vía art. 40.5 TRLCSP, esto es, los recursos contemplados en el art. 107 LRJ-PAC, de forma que con asiduidad el recurso a interponer sea el recurso potestativo de reposición (ex art. 116 LRJ-PAC) como previo al contencioso administrativo, o en su caso ser directamente impugnado en vía jurisdiccional, puesto que como regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa³², lo que genera una dualidad de

³¹ NO son contratos sujetos a regulación armonizada, mediante una definición en negativo, aquellos distintos a los contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (CPP) y acuerdos marco, en todo caso, así como los contratos celebrados por entes que tengan la condición de poder adjudicador y pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: contratos de obras, concesión de obras públicas, contratos de suministro, contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II TRLSP, cuyo valor estimado NO sea igual o superior a los umbrales comunitarios vigentes a tal efecto respectivamente.

A su vez tampoco serán contratos sujetos a regulación armonizada, los contratos de servicios, comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP, cuyo valor estimado **NO** sea igual o superior a 207.000 €. Así como los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos del primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, NO sea superior a 500.000 € y el plazo de duración INFERIOR a cinco años. Como también, no lo serán, los contratos subvencionados NO sujetos a regulación armonizada.

³² La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sujetos a regulación armonizada, siendo procedentes sólo los recursos previstos en la LRJ-PAC, ex art. 107 del citado texto legal, el cual prevé la posibilidad de que contra las resoluciones y actos de trámite (si deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos), podrán

recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción, civil o administrativa, en función de su naturaleza o no de Administración Pública, con la quiebra del principio de los actos separables³³.

De ahí que me adhiero a la postura, *de lege ferenda*, que defiende la conveniencia de que el legislador debiera optar por el diseño de un concreto régimen de recursos único, que se dibujase al margen del importe del contrato, en aras de protección los intereses en juego, eliminando el carácter fragmentario del recurso,³⁴ puesto que como indica muy expresivamente, M.Á BERNAL BLAY << Un céntimo de euro no debería ser el criterio para la aplicación de un sistema de recursos más garantista >>.

En adición, en concordancia con ésta tesis se han situado las reformas legislativas de ciertas Comunidades Autónomas (Islas Baleares y Navarra) que han dado un paso más al respecto, a favor de la máxima extensión del objeto del recurso en post de un sistema de recursos único al margen del importe del contrato. Prueba de ello es la Ley 3/2003, de 26 de marzo, que introduce en su art. 66 un Recurso especial en materia de contratación en el ámbito de las Islas Baleares, o la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos que en su art. 210 prevé la reclamación en materia de contratación

interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición. Si bien hay que tener en cuenta que el que con asiduidad el recurso a interponer será el recurso potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, puesto que como regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Como excepción a la regla general, son las resoluciones de la Junta de Contratación, las cuales no ponen fin a la vía administrativa, de modo que de forma preceptiva éstas, antes de impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, siendo tal órgano, aquel del que hayan recibido las competencias que éstas tengan atribuidas.

³³ La doctrina de los actos separables implica que cuando estemos ante contratos administrativos suscritos por Administraciones Públicas a los efectos del art. 3.2 TRLCSP, tanto si el contrato es SARA como NO SARA, es aplicable a todas sus fases el TRLCSP, y será competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos y extinción la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 21.1 TRLCSP), si bien excepcionalmente cuando estemos ante contratos privados de una AP (art. 20.1.2º párrafo TRLCSP), mientras que las fases de preparación y adjudicación se rigen por el TRLCSP (art. 20.2) y sus potenciales controversias se ventilarían ante la jurisdicción contencioso administrativa (art. 21.1), los efectos y extinción del contrato se rigen por el derecho privado (art. 20.2), ventilándose sus controversias por la jurisdicción civil (art. 21.1). Sin embargo, cuando estemos ante un Poder Adjudicador (no AP) a los efectos de la ley (art. 3.3), los contratos privados por ellos suscritos (art. 20.1), si se tratan de contratos SARA sus controversias se ventilarán en las fases de preparación y adjudicación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (interpretación a sensu contrario art. 21.2), mientras que si se tratan de contratos NO SARA, sus controversias serán ventiladas ante la jurisdicción civil (art. 21.2).

³⁴ En consonancia con esta postura a la cual me adhiero, se muestra un amplio sector de la doctrina administrativista conforme a la configuración de un recurso especial de alcance general, entre otros, BAÑO LEÓN. J. M <<El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional>>, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, pp.137, J.Mª GIMENO FELIU en <<Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones...>>. Ob cit, pp. 98, y en <<El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos>>, Ob cit, pp. 251, o M.Á. BERNAL BLAY: <<Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública...>>, Ob cit., pp. 37.

pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, sin limitar el mismo al importe del contrato objeto de impugnación. Así mismo, también es de interés la solución dada al respecto por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón, puesto que rebaja los umbrales a tomar en cuenta, ya que ex art. 17.2, se delimitan las competencias atribuidas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), entre las cuales está la de conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 TRLCSP, a los contratos de obras de valor estimado superior a 1.000.000 de euros y de suministros o servicios superior a los 100.000 euros, lo que denota la actitud del legislador aragonés de ampliar el ámbito de aplicación del recurso especial, cuanto menos reduciendo importe del valor estimado mínimo.

En este estado de cosas, entiendo que estas decisiones autonómicas, son claro ejemplo de que existen otras soluciones plausibles desde la perspectiva de la técnica legislativa, siguiendo de un modo más cercano los postulados y el sentido de las Directivas recursos y de la jurisprudencia del TSJUE emanada al respecto, garantizándose una mayor eficacia del mismo, así como un mayor ámbito objetivo de aplicación, sin discriminación alguna en el acceso al control de éstos órganos administrativos especializados de carácter independiente, de modo que la tendencia legislativa debería de inclinarse a extender el ámbito de aplicación del precepto al máximo posible, para evitar el problema de diferencia de garantías que éste provoca conforme a su regulación actual, y la duplicidad de posibilidades de recurso en función de si se está o no dentro de su ámbito de aplicación, lo que supone, sin duda, un aumento de la complejidad del sistema. Es por ello, que *de lege lata*, con la configuración actual del precepto, resulta de aplicación para los contratos que no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación un sistema de tutela insuficiente, por remisión al sistema de recursos previsto en la legislación administrativa general, el cual no goza del plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la formalización del contrato, ex art. 156.3 *in fine* TRLCSP, ni del carácter automático de la suspensión si lo que se impugna es el acto de adjudicación, que impida la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, sin perjuicio de que ésta sea solicitada al amparo del art. 111 LRJ-PAC, dependiendo su acuerdo del órgano a quien competa resolver el recurso, que cuando concurran las circunstancias que el artículo prevé, decidirá previa ponderación del perjuicio que causaría al interés

público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, ni es acorde con las notas de rapidez, especialización e independencia del tribunal encargado de sus resolución, acentuándose de tal manera las diferencias entre los grandes licitadores y los pequeños y medianos, debido al alto nivel económico necesario para licitar tales contratos susceptibles de recurso a los ojos de la regulación legal estatal vigente.

A su vez también considero preciso abordar un problema, esencial en la práctica de la contratación pública, que se constituye en relación al objeto del recurso, consecuencia de que el sistema de tutela de los licitadores se centra en irregularidades cometidas en las fases de preparación y adjudicación, lo que conlleva a la configuración de un sistema de recursos incompleto. Empero, no se ha establecido legalmente ninguna garantía para los supuestos en que, en fase de modificación del contrato, se demuestre que las reglas de adjudicación se violaron por el ente adjudicador. En éste sentido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, *ius variandi*, constituye una de las más importantes prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos, y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos celebrados por Administraciones, en relación con los contratos celebrados entre particulares, en dónde como regla general rige la inmutabilidad del contrato, bajo la configuración de los principios de *contractus lex inter partes*, y *pacta sunt servanda*, configurándose el régimen jurídico de modificación de los contratos en el Derecho de la Unión Europea como una construcción del TJUE.

Para estos casos, tal y como ha dispuesto la jurisprudencia europea, cuando se pone de manifiesto que la modificación afecta a cuestiones esenciales del contrato se está ante una verdadera adjudicación de un contrato, esto es, estaremos ante una nueva adjudicación, <<cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste (...) presenten características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato>>, en éste sentido, véase la STJUE de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, apartados 44 y 46.³⁵

³⁵ A éste respecto véase, entre otras la, STJUE de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) C-496/99, que dispone que, si la entidad adjudicadora desea que puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación en el anuncio de licitación, además que de no hallarse prevista la modificación en la documentación de la

En este estado de cosas, la reforma del régimen de modificación de los contratos del sector público, de la mano de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, se ha orientado en ésta línea de protección del licitador, si bien no ha ido acompañada de una regulación específica para el control de las modificaciones que pueden poner de manifiesto una vulneración de las reglas de adjudicación. Un tímido avance se llevó a cabo, a este respecto, mediante la aprobación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en el ámbito de la defensa y la seguridad, introduciendo un nuevo párrafo al art. 40.2 TRLCSP, ya que según éste *in fine*, <<no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego (esto es, las denominadas modificaciones legales, a diferencia de las previstas en los pliegos y anuncios de licitación o convencionales), que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación>>, las cuales deben obedecer a las causas del art. 107.1 TRLCSP, con los límites del apartado 2º del mismo artículo.

A éste respecto, en primer lugar debemos matizar la imprecisión de la dicción literal del precepto, puesto que las modificaciones imprevistas se encuentran reguladas en el art. 107 TRLCSP únicamente y no en los arts. 105 a 107, como remarca el precepto. Así a sensu contrario, este precepto deja abierta la posibilidad de impugnar mediante recurso especial aquellas modificaciones excluidas de ésta excepción, esto es, aquellas modificaciones que se han previsto en los pliegos y los anuncios de licitación de forma clara precisa e inequívoca, en los términos del art. 106 TRLCSP y que pueden poner al descubierto una nueva adjudicación del contrato, excluyendo *de lege lata* la legislación española, las modificaciones de los contratos, clasificadas anteriormente como legales o causales, ex art. 107 TRLCSP.

licitación, es necesario que ésta no afecte a ninguna condición esencial del contrato, ya que de no ser así lo procedente es resolver el contrato y convocar *ex novo* procedimiento de licitación; STJUE de 19 de junio de 2008 (*Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*), C-454/06; y STJUE de 13 de abril de 2010, C-91/08, y en aplicación práctica de la doctrina instaurada por ésta línea jurisprudencial, véase el Informe 3/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que entrando al análisis sobre la posibilidad de modificar el Contrato Administrativo suscrito ampliando los servicios que debía prestar la empresa adjudicataria a nuevos ámbitos territoriales, deniega tal posibilidad al considerar que respetando las exigencias del derecho comunitario, el objeto de modificación que se propone, afecta a una condición esencial para la adjudicación del contrato (ampliación de los servicios a prestar) y equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación.

Sin embargo, a pesar de la existencia de doctrina contraria a la inclusión del control de los modificados dentro del ámbito objetivo de aplicación del recurso especial en materia de contratación³⁶, opinión que no comparto puesto que están basadas en una interpretación literal del precepto antes señalado, el cual es claro al respecto, teniendo como argumentos principales, la existencia de una norma que lo prohíbe expresamente respecto de las modificaciones legales (art. 107 TRLCSP), así como el carácter precontractual, rápido y eficaz del recurso incompatible con su inclusión, también existe doctrina cualificada a contrario³⁷. A mi parecer, entiendo que la opinión contraria a la inclusión obvia el sentido y espíritu de la norma y de la institución, puesto que *de lege ferenda* al considerar que mediante la modificación contractual ilegal se está procediendo a realizar una nueva adjudicación del contrato, por tanto, esa nueva adjudicación debería poder ser objeto de recurso especial, puesto que, conforme al art. 40.2 c) TRLCSP, pueden ser objeto del recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores», (STJUE de 19 junio 2008, As. C 454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH.* apdo. 34), y a mayor abundamiento ello supondría su sumisión al recurso administrativo especial, alineándome en la postura del Informe 12/2012, de 23 de mayo de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que considera que cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos, como lo es una modificación contractual,

³⁶ Entre otros, PABLO CALVO RUATA, en <<La zozobra de la modificación de los contratos públicos>>, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011 I 03 I 2012*, dónde muestra su tesis negativa a la inclusión, en el sentido de que la modificación de los contratos afecta fundamentalmente a lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en la fase de preparación y adjudicación, unido a que, en el supuesto de que la concreción de la modificación esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego, conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori, más problemático resulta la posibilidad de recurso frente a las modificaciones imprevistas o legales, cuando ello ha quedado zanjado por el art. 40.2 in fine TRLCSP. O, por otro lado, la opinión del magistrado de la Audiencia Nacional, JESÚS CUDERO BLAS, en *Revista de Jurisprudencia*, número 1, de 10 de mayo de 2012, dónde destaca que <<Resulta innecesario, en efecto, señalar que no cabe el recurso especial frente a los actos dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, pues tales decisiones no se desenvuelven en modo alguno en la fase preparatoria de los contratos, ni guardan relación de ninguna clase con los actos que pueden ser objeto de recurso según el art. 40.2 TRLCSP>>.

³⁷ Favorables a la posibilidad de recurso especial, se encuentran, J.M^a GIMENO FELIU, en <<Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva>>. *Revista Catalana de dret públic* núm. 47 (2013), pp. 100, o en su trabajo <<La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable>>, en la Jornada sobre Contratación Pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 25 de abril de 2013, así como M.Á. BERNAL BLAY <<El control sobre la modificación de los contratos públicos>> en www.obcp.es de 1 de septiembre de 2011.

puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (STJUE de 23 de enero de 2003, *Macedonio Metro y Michanikik*).³⁸

En relación con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), que incluso antes de la modificación legal, ya contemplaba en su Guía de procedimiento como recurribles <<los modificados que no cumplen los requisitos legales>>, sin distinción entre modificados legales y convencionales, se ha pronunciado al respecto en su Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013, por el que se resuelve un recurso interpuesto contra la modificación del contrato denominado <<Servicios de Vigilancia y Seguridad de los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento de Política Territorial e Interior>>, el TACPA reconoce la admisibilidad de los recursos contra las modificaciones contractuales, recogiendo las conclusiones del Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

A éste respecto es de destacar que dicha posibilidad deriva de la habilitación en tal sentido del art. 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por la Ley 3/2012 de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la comunidad Autónoma de Aragón (art. 33.3), cuya Exposición de motivos especifica que con la misma se << pretende limitar el *ius variandi* de la Administración Pública y ampliar los supuestos del recurso especial en materia de contratación >>. De esta forma se exige que los actos por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, a fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Al mismo tiempo que, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales, dando por ende un paso más en pro de una mayor transparencia.³⁹

³⁸ Un análisis pormenorizado acerca del régimen de control de los modificados, lo lleva a cabo, ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO en <<Una visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual>> en la Jornada sobre Contratación Pública, Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 25 de abril de 2013, pp. 163-188.

³⁹ En el mismo sentido se muestra, el art. 20 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, al prever la notificación de las

Considero beneficioso para el sistema a los efectos de vencer el problema de fragmentación y complitud de éste, la articulación de un régimen que se proyectase, no solo sobre las fases de preparación y adjudicación de los contratos, sino que sirviese además para el control de las actuaciones de los poderes adjudicadores durante la fase de ejecución del contrato, como lo son las decisiones de modificación de los contratos públicos, pudiendo ser reconducido el supuesto, en su caso, hacia una adjudicación directa ilegal, lo que constituiría modificación *contra legem*, a una causa de nulidad de derecho administrativo de las contempladas en el art. 62 LRJ-PAC, en aplicación de la remisión que el art. 32 TRLCSP lleva a cabo, al declarar nulos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, si bien teniendo en cuenta que dicho recurso, no garantiza la suspensión de la adjudicación hasta su resolución, que debiera ser concedida a la luz de los principios que alumbra la Directiva recursos.

Así las cosas, es deseable introducir en el sistema cualquier control sobre las modificaciones contractuales, en tanto en cuanto pueden conculcar los principios que rigen la contratación pública y suponen un terreno en el que son posibles las corruptelas, máxime cuando la práctica de la contratación administrativa ha demostrado cómo las modificaciones de los contratos se han convertido en habituales, presentando los licitadores ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto, lo que supone sin duda vulneración de los principios vectores del sistema, de libre concurrencia, transparencia e igualdad ⁴⁰. Máxime, cuando, siguiendo los postulados de J.M^a GIMENO FELIU, la sociedad actual está ante una nueva gestión pública presidida por la transparencia, integridad y la eficacia que coadyuvarán a dignificar y potenciar la

modificaciones contractuales a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado, contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales. A su vez en la línea de dar un paso más respecto del principio de transparencia, también es de relevancia la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, que dispone en su art. 19.2 f) la obligación de publicar en el perfil del contratante <<las modificaciones del contrato adjudicado que presenten un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede>>, y la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, que recoge en su art. 40 la obligación de dar publicidad <<en Internet>> a los contratos menores, las modificaciones contractuales y los contratos complementarios.

⁴⁰ A éste respecto, el Tribunal de Cuentas, en su Informe sobre la gestión de las Comunidades Autónomas (núm. 935) denuncia el grave descontrol que se produce en la contratación pública, al análisis de cerca de 2.500 contratos entre 2006 y 2007, siendo una de las irregularidades por éste destacadas la Modificación de los contratos.

contratación pública en beneficio del común, frenando la corrupción que tan desafortunadamente es intrínseca en la condición humana⁴¹.

Es por tanto que en este nuevo contexto de nueva gestión pública en el que nos encontramos, en base a contribuir a un incremento y refuerzo de la transparencia en la actividad pública, se encuentra la reciente aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. De este modo, a pesar de que en el ordenamiento jurídico español ya existían normas sectoriales que contenían obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos, véase en materia de contratos del sector público, la difusión de la información relativa a la actividad contractual de los órganos de contratación, a través de Internet, en su Perfil de Contratante (art. 53 TRLCSP), ésta se considera insuficiente en la actualidad, sin llegar a satisfacer las exigencias de la sociedad.

Es por ello, que la Ley, como señala su Preámbulo, avanza y profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa que, se entiende, han de vincular a un amplio número de sujetos, entre los que se encuentran, art. 2 Ley, las Administraciones territoriales e instrumentales, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las Corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50% y las fundaciones del sector público. Así, las entidades que se encuentran dentro del ámbito subjetivo de la Ley deberán hacer pública, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican en el art. 8 de la Ley, entre la que se encuentran, << todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, (...), así como las modificaciones del contrato >>. ⁴²

En conclusión, a la vista de la novedosa Ley de transparencia, en virtud de lo previsto en su art. 8, la legislación de contratos del sector público, debe de adecuarse a lo allí previsto, en post de dar un paso más en favor de la transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción, al objeto de hacer

⁴¹ J M^a GIMENO FELIU en <<La nueva gestión pública>> *Heraldo de Aragón*, de 7 de enero de 2012.

⁴² En idéntico sentido se pronuncia el Anteproyecto de Ley de transparencia pública y participación, ciudadana de Aragón, aprobado el 18 de marzo de 2014, en su art. 16.1 j), al objeto de hacer pública determinada información relativa a los contratos en el Portal de Transparencia, entre la que está las modificaciones contractuales aprobadas.

pública la información relativa a las modificaciones contractuales, entiendo yo, [con indicación de las circunstancias justificativas, alcance e importe del mismo, notificándose la información necesaria a los licitadores que fueron admitidos a la licitación que les permita, en su caso, interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación], evitando que las mismas se fragüen de forma oscura y en secreto entre el órgano de contratación y la entidad adjudicataria, al margen completamente los licitadores, al objeto de eludir la posible defensa de la legalidad en la adjudicación del contrato, y dejar vía libre a las corruptelas en fase de ejecución. Empero, por lo expuesto con anterioridad, además de dar un paso más en pro de una mayor transparencia, es preciso que *de lege ferenda*, se defienda una regulación del objeto del recurso completa, en el sentido de que no se limite a la posibilidad de controlar vía recurso especial, los modificados convencionales (modificaciones previstas, art. 106 TRLCSP), como *de lege lata* se prevé vía art. 40.2 *in fine* TRLCSP, sino también los legales (modificaciones causales ex art. 107 TRLCSP), ya que, de lo contrario supondría ir en contra del sentido que el legislador ha querido dar a la institución a los efectos de controlar las modificaciones contractuales, las cuales limita a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria, no pudiendo alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, pero que sin embargo, excluye de la tutela, vía recurso especial, la defensa de la legalidad de la modificación, siendo por tanto una regulación incompleta que no consigue el objetivo de la lucha contra la corrupción.

Finalmente, en consonancia con las anteriores propuestas que han sido objeto de análisis en el presente trabajo, como ya he advertido, a pesar de las bondades que el régimen actual de recurso especial en materia de contratación pública ha implementado al sistema, también del régimen jurídico del mismo se deducen una serie de sombras o lagunas, de las cuales la primera ya ha sido sometida a análisis por el presente trabajo, esto es, la relativa al carácter fragmentario del recurso especial en materia de contratación en el sentido de limitar el alcance del mismo a determinados contratos, esto es, los contratos sujetos a regulación armonizada y algunos otros cualificados que la ley prevé expresamente, ex art. 40.1 TRLCSP, la segunda relativa al carácter incompleto del recurso en relación con el régimen de tutela vía recurso especial de las modificaciones contractuales a la vista de la previsión del art. 40.2 *in fine* TRLCSP, para finalmente pasar a someter a análisis otra de las críticas que contra el régimen del

recurso ha vertido la doctrina coetánea, la relativa a la configuración del mismo como un recurso de carácter potestativo tal y como prevé expresamente la normativa estatal en virtud del art. 40.6 TRLCSP.

Es preciso remarcar que la configuración del recurso *ex lege* como un recurso administrativo especial en materia de contratación pública de carácter potestativo, ex art. 40.6 TRLCSP es consecuencia del posicionamiento del legislador del lado de la opción sugerida por el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010 de 29 de abril de 2010, puesto que tal previsión expresa no aparecía en el Anteproyecto de Ley.⁴³

Asimismo, también es cierto, que con anterioridad a la regulación ahora vigente y a la configuración del carácter potestativo del mismo, había sido criticado por la doctrina el carácter obligatorio (y exclusivo) del recurso especial entonces vigente, ya que éste se caracterizaba por la atribución de la competencia para la resolución del recurso, cuando se tratase de contratos de una administración pública, al propio órgano de contratación que hubiese dictado el acto objeto de recurso (al puro estilo del recurso potestativo de reposición ex art. 116 LRJ-PAC), resultando del todo cuestionable, que siendo el mismo órgano que dicta el acto objeto de recurso fuere el que resolviese sobre el mismo, éste fuere eficaz, teniendo por ende poca virtualidad en la práctica, y ser considerado, en consecuencia, un obstáculo para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si bien, entiendo que dichas críticas a la configuración legal del recurso con carácter obligatorio estaban basadas en el estado de cosas existentes en el momento de éstas ser vertidas, esto es, un recurso obligatorio ante el propio órgano de contratación que hubiese dictado el acto objeto de recurso no cumpliendo con las exigencias y garantías exigidas por el Derecho comunitario (STJUE de 3 de abril de 2008), y sin ser objeto de transposición la Directiva 2007/66/CE, modificadora de las Directivas recursos, no siendo posible extrapolarlas a la regulación actual del recurso especial, puesto que finalmente y en consonancia con lo dispuesto por la normativa comunitaria se optó por la creación de un órgano administrativo especializado independiente, el TACRC, dejando de ser posible considerar el recurso un obstáculo para el acceso a la

⁴³ En lo que al carácter potestativo del recurso especial respecta, hay que tener en cuenta que dicha opción legislativa no es novedad en el Ordenamiento Español, ya que con tal carácter se configuran los antecedentes que en esta materia suponen las Leyes 3/2003, de 26 de marzo, de Baleares (art. 66), y la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos (art. 210).

tutela, y aumentando progresivamente el número de asuntos que a éstos tribunales se han encomendado para su resolución en la práctica, aumentando la confianza que los licitadores depositan en ésta institución de carácter cuasi jurisdiccional,⁴⁴ debido a las garantías de eficacia y rapidez que éste ofrece a diferencia de la tutela jurisdiccional ante la planta judicial, al garantizar la suspensión automática *ex lege* cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación del contrato (art. 45 TRLCSP), que se mantiene hasta que el órgano competente para resolver se pronuncie sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del asunto, evitando que se produzcan hechos consumados, en post de una efectiva tutela de los licitadores, de modo que configurándose el recurso especial de carácter obligatorio se opta por un sistema de tutela unitario que se ventila ante un órgano independiente, que más que tratarse de una carga deviene en una mayor garantía para los licitadores por la especial configuración de éste (rapidez, suspensión automática legal cuando se plantee recurso contra la decisión de adjudicación, y en definitiva eficacia), que se muestra en que las eventuales infracciones puedan ser corregidas antes de la celebración del contrato, frente a la mera posibilidad potencial de suspensión del procedimiento mientras se sustancie el proceso si se opta por la vía contencioso-administrativa previa solicitud de medida cautelar a instancia de parte, puesto que la decisión final corresponde al Juez o Tribunal previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, y únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, pudiendo ser denegada, cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, ex art. 129 y 130 LJCA, unido la lentitud del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aspectos que se evitarían si se optase por un recurso especial en materia de contratación pública

⁴⁴ En este sentido resulta de especial interés la publicación por parte del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su web la memoria de actividad correspondiente al año 2013. Del análisis de la memoria (www.obcp.es) se deduce que en el año 2013, se presentaron ante el TACRC 1.067 recursos, algo más del triple que en 2012, que finalizó con 348 recursos presentados. Una media de casi 90 recursos/mes se superó ampliamente en los meses finales del año (195 recursos en octubre y 154 en diciembre). En relación con los actos objeto de impugnación, casi el 40% de los recursos (412) se presentan contra el acuerdo de adjudicación y más del 25% (279 recursos), impugnan acuerdos de exclusión, contra los pliegos o los anuncios de licitación se presentaron 324 recursos (un 30% del total). En cuanto al sentido de las Resoluciones, del total de recursos presentados en 2013 ya resueltos (1.009 recursos hasta 1 de febrero de 2014), la tercera parte se han estimado total (172 recursos) o parcialmente (otros 168 recursos). Prácticamente otro tercio fueron desestimados (314 recursos). No se admitieron 340 recursos, en su mayor parte por falta de legitimación del recurrente. Por tanto, más del 50% de los recursos admitidos se estimaron total o parcialmente, porcentaje muy superior al de 2012 en que esa tasa se situó en el 40%. Además, hasta el 1 de febrero de 2014 sólo se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa 44 de las resoluciones dictadas por el TACRC en 2013, es decir, menos del 8% de las que han agotado el plazo de recurso.

obligatorio, y no potestativo, evitándose de facto la apertura de una doble vía de recurso, generador de problemas procesales y procedimentales como a continuación pasaré a señalar (en relación con los plazos de interposición y las garantías exigidas por el derecho comunitario), que devienen en problemas de inseguridad jurídica y de complejidad del sistema al permitir que dos órganos distintos conozcan sobre un mismo asunto en función de si ha existido o no interposición del recurso especial por parte de algún licitador.

Es por ello que, tras desechar las críticas al carácter obligatorio del recurso por lo anteriormente expuesto, no entienda que se deba optar por otorgar carácter potestativo al recurso, aunque, los defensores éste, LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, abogan por su conveniencia en el sentido de que sea el operador, el que tuviera la opción de decidir si utilizarlo o no para que no fuera un obstáculo innecesario que retrasase una decisión sobre la ilegalidad invocada, en la medida en que en España <<la estimación de los recursos previos es mínima o prácticamente nula>>, argumentos que rechazo de plano por lo expuesto con anterioridad, ya que se basan en un estado de cosas anterior diferente al actual, de forma que no se trata el recurso especial de un obstáculo sino una garantía para los licitadores frente al orden jurisdiccional por lo argumentado *supra*, y como se ha expuesto a título ejemplificativo⁴⁵, al análisis de la Memoria de actividad TACRC del año 2013, más del 50% de los recursos admitidos tuvieron resultado estimatorio total o parcial, por lo que carece de peso el argumento de que la estimación de los recursos previos sea nula o mínima en España, puesto que los datos recientes hablan por sí solos en éste sentido.

A todo ello, hay que unir los problemas procesales y procedimentales que el carácter potestativo plantea que pueden resentir la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, generar una innecesaria inseguridad jurídica al suponer en la práctica la apertura de una doble vía de recurso.

Respecto de éste último matiz, resulta de interés la reflexión de M.Á BERNAL BLAY,⁴⁶ cuando afirma que << el carácter potestativo del recurso especial en materia

⁴⁵ Véase al respecto nota al pie nº 38, dónde se analizan los resultados de la publicación de la Memoria de actividad (2013) del TACRC.

⁴⁶ Defiende esta postura, M.Á. BERNAL BLAY <<Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública...>>, Ob cit., pp. 32-33., adhiriéndose a ésta J. Mª GIMENO FELIU en sus obras <<Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones...>>. Ob cit, pp. 99-100, y en <<El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos>>, Ob cit, pp. 255-258.

de contratación pública supone *de facto* la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. >> Así las cosas, aunque tal posibilidad parezca admisible desde el punto de vista comunitario, se observan sustanciales diferencias en el plano práctico, consecuencia de las sustanciales diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o la judicial. De esas diferencias procesales, la que con mayor rapidez salta a la vista es la diferencia existente en lo que al plazo para la interposición de recursos se refiere, 15 día hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra, ex art. 44.2 TRLCSP, para el recurso especial en materia de contratación pública, o bien 2 meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso, ex art. 46 LJCA, para el caso de interponer recurso contencioso administrativo.

Del mismo modo se observan diferencias en cuanto a los efectos que, según el derecho comunitario, la interposición del recurso debe de producir. En este sentido, la Directiva 89/665/CEE, tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE, se refiere a la garantía de que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz, y en particular, lo más rápidamente posible. En concordancia, como manifestación real de esas garantías de eficacia y rapidez de los recursos, la encontramos en derecho español en el art. 45 TRLCSP por el cual una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 2.3 Directiva 2007/66/CE. De tal modo que mientras que esta garantía de suspensión del procedimiento se recoge para el caso de que se interponga el recurso especial en materia de contratación, la automaticidad de la suspensión no existe respecto de la interposición de recurso vía jurisdiccional, en el seno del procedimiento contencioso-administrativo por lo que disponen los arts. 129 y 130 LJCA, reguladores de la adopción de medidas cautelares en el procedimiento contencioso-administrativo.

En suma, la diferencia de vías de recurso, administrativo especial frente a contencioso-administrativo, lleva a que se produzcan efectos distintos en cuanto al objetivo que persigue la Directiva comunitaria de que no se celebre un contrato sin que previamente se haya resuelto el recurso planteado contra la decisión de adjudicación del mismo, debido a que sólo *ex lege* se produce la suspensión automática del

procedimiento cuando se interponga recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación del contrato (art. 45 TRLCSP) y no teniendo por qué suspenderse dicho procedimiento cuando ese mismo acto se recurra por la vía jurisdiccional (arts. 129 y 130 LJCA).⁴⁷

En conclusión, *de lege ferenda* mejor solución habría sido regular el recurso especial con carácter obligatorio y preclusivo. Se garantizaría de este modo la unidad procesal y se evitaría la complejidad actual, que permite residenciar en dos órganos judiciales distintos un mismo asunto en función de si ha existido o no interposición del recurso especial por parte de algún licitador.

Es por ello por lo que se deduce un problema de orden práctico de tal circunstancia, ya que no queda prohibida por el TRLCSP la posible interposición simultánea de ambos recursos, administrativo especial en materia de contratación pública y contencioso-administrativo, en función de si ha existido o no interposición del recurso especial por parte de algún licitador, a diferencia de la si previsión en el sentido de prohibición de simultanear ambos recursos, potestativo de reposición y contencioso administrativo, ex art. 116.2 LRJ-PAC, en tanto en cuanto no se haya resuelto expresa o tácitamente mediante silencio administrativo negativo el recurso de reposición interpuesto. Por lo que, *de lege ferenda*, al menos sería coherente a la configuración del carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación, la previsión de prohibición de que una vez interpuesto, y en tanto no fuese resuelto, interponer contra el mismo acto recurso contencioso-administrativo, por parte de otro.

⁴⁷ Debido a que no tiene porqué suspenderse el procedimiento derivado de la adopción de medidas cautelares, a la vista de la regulación actual, arts. 129 y 130 LJCA, en el seno de un procedimiento contencioso administrativo a no ser que, *de lege ferenda*, se opte por una reforma parcial de la LJCA, como advierte TORNOS MAS, estableciéndose un régimen especial de medidas cautelares, que permitan suspender de forma automática la celebración del contrato y que impongan al órgano judicial una resolución rápida sobre la permanencia o no de dicha suspensión, ponderando los intereses en juego y el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) del contenido del recurso. <<Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas>>, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59 (2007), pág. 51. Si bien, entiendo que ésta no debe ser la opción correcta a llevar a cabo, esto es, la reforma de la LJCA para corregir el error de configuración del recurso especial con carácter potestativo, puesto que ello sólo solventaría de forma parcial el problema y no abordaría el mismo de raíz, ya que aunque se equipararía la vía judicial al carácter suspensivo automático del contrato de la vía de recurso especial administrativo, ello no impediría que siguiese subsistiendo un régimen de doble vía de recurso que permite residenciar en dos órganos distintos un mismo asunto en función de si ha existido o no interposición del recurso especial por parte de algún licitador, lo que pudiera llevar a soluciones contradictorias. Cuando la solución más simple sería *de lege ferenda*, configurar el régimen de recurso administrativo especial en materia de contratación con carácter obligatorio y preclusivo en post de la unidad procesal.

Habida cuenta, en idéntico sentido también pueden producirse problemas en la práctica, ante la resolución de un recurso especial en materia de contratación por parte de un Tribunal Administrativo, ya sea el TACRC u otro análogo autonómico de igual condición, en un sentido estimatorio del mismo anulando la adjudicación anterior y ordenando la retroacción de actuaciones a la fase de valoración resultando adjudicatario otro licitador distinto al que lo fue antes de la resolución del recurso, pudiera interponerse contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo, recurso contencioso administrativo e interponer recurso especial en materia de contratación pública contra la resolución de adjudicación del contrato con posterioridad. De forma que el Tribunal Administrativo deba de abstenerse de conocer del recurso contra él interpuesto, en el sentido de entender que existe una cuestión incidental a modo de prejudicialidad, tal y como los Tribunales en tal sentido se han pronunciado.⁴⁸

2.3- El plazo de interposición.

Una de las novedades significativas a destacar derivadas de la importante reforma operada por la Ley 34/2010 es la relativa al plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación. La novedad legislativa se fundamenta en la ampliación del plazo de interposición del recurso en aplicación de lo dispuesto en el art. 2 quater de la Directiva 2007/66/CE de diez a quince días hábiles ex art. 44.2 TRLCSP, puesto que el plazo previsto en la regulación anterior (antiguo art. 37.6 LCSP) resultaba

⁴⁸ En éste sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) en su Acuerdo 1/2014, de 13 de enero. En presente proceso se deriva de la licitación del contrato de «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», convocado por el IASS. Frente a la resolución por la que se adjudicó a ARALIA el contrato se interpuso, por UTE VALORIZA, Recurso especial en materia de contratación pública ante el TACPA, siendo resuelto por Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, teniendo éste resultado estimatorio, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de las actuaciones a fase de valoración acordándose la exclusión de la propuesta de ARALIA (anterior adjudicataria), de modo que se concede a UTE VALORIZA la adjudicación del contrato. En este estado de cosas, contra el Acuerdo 55/2013 TACPA se interpuso recurso contencioso-administrativo, así como solicitud de medida cautelar de la suspensión provisional de la ejecución ante el TSJ Aragón, el 2 de diciembre de 2013, del mismo modo que el 17 de diciembre de 2013 por parte de la representación de ARALIA se interpusiese Recurso especial en materia de contratación pública ante el TACPA contra la resolución de adjudicación del contrato a favor de UTE VALORIZA. Es por ello que ante este estado de la situación, en el que coexisten contra un mismo acto sendos procedimientos, contencioso administrativo y administrativo especial, el TACPA resuelve en el sentido de apreciar << una cuestión incidental, a modo de prejudicialidad, que —desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso-administrativa— obliga a que este Tribunal administrativo no deba resolver el recurso, ya que la resolución y decisiones del referido proceso contencioso pueden, además de influir en la cuestiones de fondo del recurso especial, producir una interferencia indebida en la competencia revisora del orden contencioso, y en los efectos de su fallo >>.

del todo incompatible con lo previsto en la Directiva comunitaria,⁴⁹ y en la aportación de una mejor definición del *dies a quo* para la interposición de éste, en función del acto que se pretenda recurrir. En lo que respecta al plazo (días hábiles), es preciso destacar que supone una excepción a la regla general del cómputo de plazos en el ámbito de la contratación pública, días naturales (DAd 12ª TRLCSP), de modo que la excepción a la excepción respecto al procedimiento administrativo común, supone la aplicación de la regla general, esto es, cómputo en días hábiles.

En otro orden de cosas, en lo que respecta a la definición del *dies a quo* es necesario advertir que a pesar de la apariencia de generalidad con la que el art. 44.2 TRLCSP señala que los quince días hábiles dentro de los cuales habrá que interponerse el recurso se contarán a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto con el art. 151.4 TRLCSP, se esconde un *dies a quo* solamente aplicable al recurso planteado contra la decisión de adjudicación del contrato. Como argumentos que sustentan dicha tesis, a la que me adhiero, se encuentra el hecho de que como refleja M.Á BERNAL BLAY⁵⁰, el art. 44.2 TRLCSP hace una remisión al art. 151.4 TRLCSP, precepto que se refiere a la notificación de la adjudicación del contrato. Y por otro lado, el hecho de que el propio art. 44.2 TRLCSP en sus párrafos sucesivos señala reglas especiales para el cómputo del *dies a quo* cuando el recurso tenga por objeto otros actos susceptibles de recurso. En relación con lo anterior, considero preciso advertir el hecho de que el plazo comience a computarse desde la remisión de la notificación (y no la recepción de la notificación por cada uno de los licitadores), cuestión que I. GALLEGO CÓRCOLES, entiende que como para estos supuestos aplica el plazo de espera de 15 días que preceptúa el art. 156.3 TRLCSP, para todos los licitadores y candidatos, la garantía de ese plazo explica

⁴⁹ A estos efectos, el precepto comunitario distingue, atendiendo al modo en que se comunique el acto recurrible, tres plazos mínimos que deben respetarse (art. 2 quater Directiva 2007/66/CE), de lo cual se deduce la necesaria modificación de la regulación anterior que establecía un plazo de 10 días hábiles. Así, si la decisión se comunica por fax o por medio electrónico, el plazo para la interposición del recurso deberá ser de al menos diez días naturales. Si se utilizan medios de comunicación distintos, el plazo mínimo para permitir la interposición del recurso será, bien de al menos quince días naturales, bien de al menos diez días naturales a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador. El plazo que contenía el art. 37.6 LCSP no encajaba ni en el primero ni en el tercero, por lo que se hizo necesaria la instauración de un plazo de 15 días hábiles, debido a que la forma de notificación de la adjudicación provisional es la publicación en el Boletín Oficial o Perfil del contratante.

⁵⁰ M.Á. BERNAL BLAY en <<Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública...>>, Ob cit., pp. 36.

que el *dies a quo* para computar el plazo sea el de remisión de la notificación y no el de recepción.⁵¹

De este modo cuándo el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su reconocimiento conforme al art. 158 TRLCSP.⁵² Si por el contrario, el recurso se interpone contra los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. Y en último lugar, cuándo se interponga recurso contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación.

Por último, en aras de proteger el derecho de defensa y garantizar la verdadera eficacia del recurso, siguiendo la STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex, se exige por la jurisprudencia comunitaria que la mera comunicación al licitador de que su oferta ha sido rechazada no es suficiente notificación a los efectos de entender que éste esté en condiciones de interponer el correspondiente recurso, sino para que el licitador tenga verdadero conocimiento sustancial y pueda formarse una opinión fundada real, a los efectos de la posible interposición de recurso especial, se exige que sea informado de los concretos motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato. De ahí que sólo pueda existir eficacia en el recurso contra el acto de adjudicación del contrato << si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones >>. De lo contrario, entiendo que se irrogaría indefensión al potencial recurrente que ha sido excluido del proceso de licitación, ya que mediante el cumplimiento de una notificación formal, pero

⁵¹ I. GALLEGO CÓRCOLES en <<La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público>>, *Anuario de Derecho Municipal 2010*, núm. 4, 2011, pp. 147 y ss.

⁵² Sobre el *dies a quo* para el caso de que lo que se impugne sean los pliegos, cuando el acceso a los mismos se realice por medios electrónicos (Perfil de contratante), el TACRC en su Resolución 543/2013 que «hasta la fecha el Tribunal venía considerando que el aquellos casos en que los pliegos rectores de la contratación se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos, los recursos interpuestos contra ellos podían presentarse hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente a la conclusión del plazo para presentar ofertas». Si bien, para el caso de que en el anuncio de convocatoria pública se hacía constar la ubicación de los pliegos en alguna de las páginas web, el plazo para recurrirlos comenzaría a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del anuncio.

no sustancial o material en lo que al contenido de la misma respecta, no le permitiría a éste formarse opinión real fundada de los concretos motivos que sustentan su exclusión, comenzando por el contrario, a correr el plazo previsto para la interposición del recurso especial, sin tener conocimiento de los concretos motivos que podrían fundar su posterior recurso. Es por ello por lo que el art. 2 quater Directiva 2007/66/CE, el regular el plazo para la interposición del recurso prevé que << La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes>>.

En anuencia con lo anterior, casa el hecho de que, ex art. 44.2 TRLCSP, el *dies a quo* para la interposición del recurso se inicie a partir del día siguiente a aquel al que se remita la notificación del acto impugnado, de conformidad con el art. 151.4 TRLCSP, siendo el cumplimiento de lo allí previsto lo que lo que determine el inicio del plazo para la interposición del recurso contra el acto de adjudicación. De forma que, entiendo que el incumplimiento de lo allí previsto determinaría que el *dies a quo* se postergara en tanto no hubiere notificación material suficiente, esto es, en tanto ésta no contuviera la << información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación>>. En consecuencia, el art. 151.4 TRLCSP, regula el contenido mínimo de la notificación de la adjudicación a los licitadores, debiendo contener en todo caso el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes por las que se haya seleccionado a la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores, cuyas ofertas han sido admitidas.

El problema sin embargo gravitaría sobre el hecho de que la información que contenga la notificación de la adjudicación, se desarrolle en términos vagos o muy genéricos, imposibilitando la eficacia del recurso, cuestión ya denunciada por la Comisión y aceptada por el TJUE en su STJUE de 23 de diciembre de 2009, de forma que para dichos supuestos se debería defender que el plazo para la interposición del recurso no inicie su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita, en su caso, fundar el recurso, ya que de lo contrario irrogaría indefensión para aquel que ha sido notificado en términos vagos o genéricos y que no ha sido informado suficientemente de los concretos argumentos que motivan su exclusión

o descarte del procedimiento, no pudiendo así interponer recurso suficientemente fundado.

En conclusión, considero preciso llamar la atención al hecho de que en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 89/66/CE, art. 2 bis.2, que regula el plazo suspensivo (de espera) entre la adjudicación y la celebración del contrato, en relación con el art. 2 quater de la Directiva 89/66/CE, regulador del plazo para la interposición del recurso, para garantizar la eficacia del recurso evitando hechos consumados, el plazo de interposición del recurso (art. 43.2 TRLCSP), quince días hábiles, coincide con el plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato (art. 156.3 TRLCSP) ⁵³, de modo que cuando un competidor quiera impugnar el acto de adjudicación contará con un plazo durante el cual el contrato no podrá celebrarse (plazo de espera), a lo que suma, que una vez interpuesto, se produzca el efecto suspensivo obligatorio (art. 45 TRLCSP). Así el contrato no se perfecciona, en tanto no haya transcurrido el plazo de espera obligatorio sin que éste haya sido objeto de impugnación, o siendo objeto de impugnación no se dé respuesta por el Tribunal administrativo competente a la legalidad del procedimiento de adjudicación, garantizándose de este modo la eficacia del sistema de recursos.

2.4- Legitimación.

La regulación de la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación pública tiene su ubicación en el art. 42 TRLCSP, precepto que trata de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1.3 Directiva 89/665/CE, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE, que busca que los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, << a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por

⁵³ La única excepción que la ley prevé respecto del plazo de espera obligatorio entre la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, es respecto de los contratos derivados de un acuerdo marco, ex art. 198.5 TRLCSP. Así en los contratos derivados de un acuerdo marco podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de respetar el plazo suspensivo de 15 días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos (el cual coincide con el plazo de interposición del recurso, art. 44.2 TRLCSP). De ello deriva que la interposición del recurso especial no comporte la suspensión automática del contrato objeto de recurso, en caso de que se opte por éste. Así, el licitador no adjudicatario de un contrato derivado puede con carácter potestativo o interponer recurso especial contra la adjudicación o plantear cuestión de nulidad.

una presunta infracción >>. Así, en cumplimiento de lo anterior, el art. 42 TRLCSP, da un paso más allá que la legislación europea en favor de ampliar el régimen de legitimación, que exige un doble criterio (interés en obtener un contrato y perjuicio), determinando que, << Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso >>, de forma tal que se configura la legitimación en un sentido muy amplio acerca de la posibilidad de recurrir, de forma que a diferencia de lo que ocurre en derecho privado donde es exigible como título legitimador un derecho subjetivo afectado, aquí basta el interés legítimo para tener legitimación procesal en vía de recurso especial, lo que habilita a gozar de legitimidad para la interposición del recurso, no solo a los licitadores, que también, sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por las decisiones impugnadas, en una visión muy amplia,, ya que el carácter vicarial de la Administración pública, ex art. 103 CE, habilita la legitimación a la revisión de su actuación a toda persona sobre quien de forma directa o indirecta, incide esa actividad pública, abandonando jurisprudencia anterior que la entendía en un sentido restringido.

Es por ello que se a pesar de que el interés legítimo suele ir ligado a la participación en la licitación, porque quién no participa no suele resultar afectado en sus derechos e intereses, sin embargo se admite que la legitimación pueda determinarse abarcando otros supuestos. A éstos efectos, es de comentar la STC de 13 de octubre de 2008, que resuelve en amparo admitiendo la vulneración del art. 24.1 CE en su dimensión de acceso a la justicia, en un supuesto en el que el recurrente no participó en el concurso público, pero podía haberlo hecho. El TC argumenta en contra de las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana y del TS que entendían que Aquagest Levante S.A no tenía interés legítimo por no haber participado en el concurso, puesto que la condición anterior de concesionaria del abastecimiento de agua no le atribuía interés legítimo alguno. El TC entiende sin embargo que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación por falta de interés legítimo, ya que negar la legitimación al recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. El recurrente, que desarrollaba su ámbito de actuación en un campo relacionado con el objeto del

concurso, tenía un interés claro en lograr anular el pliego para participar en éste con un pliego ajustado a derecho.

En definitiva entienden los Tribunales por interés legítimo, la << titularidad de una posición de ventaja o de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar esta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal que la obtención de un beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética >>.

Tras éste análisis preliminar relativo a cuestiones generales en lo que respecta a la legitimación paso al estudio de supuestos en concreto que desde una vertiente práctica han suscitado mayores problemas en los órganos administrativos especiales de recurso, tanto en el TACRC como sus homólogos autonómicos, en especial el TACPA.

- Concejales de Ayuntamiento y Grupos Municipales.

En primer lugar, en lo que respecta a la legitimación para recurrir vía recurso especial en materia de contratación a los Concejales de un Ayuntamiento es de interés la doctrina que sienta al respecto el Acuerdo 44/2012 del TACPA por el que se resuelve el recurso especial contra el contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato denominado, «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta». El citado Acuerdo, partiendo del carácter amplio de legitimación que el art. 42 TRLCSP instaure en el que basta el interés legítimo para tener legitimación procesal en vía de recurso especial, de forma que no sólo gozan de ella los licitadores sino cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados por la decisión impugnada, en concordancia con la obligación de interpretación amplia de las fórmulas de legitimación para acceder a los procesos administrativos y judiciales que del art. 24.1 CE da el TC, entiende que siguiendo lo dispuesto por la STC 173/2004, de 18 de octubre, asumida también por el TS en STS de 23 de octubre de 2009, ha de entenderse que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales (concejales), en su condición de miembros del Ayuntamiento, existe una legitimación *ex lege*, que proviene del mandato representativo recibido por sus electores, para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el

Ordenamiento jurídico, de forma que no se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en defensa de la legalidad, sino que deriva directamente de la condición de representante popular y que se traduce en un interés concreto de controlar el funcionamiento del Ayuntamiento, al objeto de conseguir las aspiraciones de la comunidad vecinal, siempre y cuando que tratándose del acto de un órgano colegiado, hubiera votado en contra de su aprobación. Ya que, en consonancia con lo dispuesto en el art. 63.1 b) LBRL, dicha legitimación no solo resulta aplicable en vía contencioso-administrativa, sino también a los recursos administrativos, y por ende al recurso especial en materia de contratación pública en base al principio <<*qui potest plus, potest minus*>>, reconociéndolo así la STSJ Madrid de 4 de septiembre de 2006. Si bien, esta cuestión no es pacífica en la doctrina, y así se muestra el hecho de que el citado Acuerdo contenga voto particular al respecto, y que cierta parte de la doctrina discrepe en este punto.

Discrepa sobre este particular, negando la legitimación *ex lege* de un Concejal como sujeto privilegiado para interponer recurso especial en materia de contratación pública, S. DÍEZ SASTRE,⁵⁴ al considerar que en un análisis conjunto de la normativa de contratación pública, << (...) un concejal podrá interponer recurso especial siempre que demuestre que ostenta un interés legítimo que se ve afectado o perjudicado por la decisión objeto de recurso. En sentido contrario, de la legislación de contratos no se deriva ninguna regla que reconozca al concejal como un sujeto privilegiado a efectos de interponer el recurso especial>>, y de la normativa la legislación de régimen local, entendiendo en sentido estricto la legitimación prevista en el art. 63.1 b) LBRL, (en contra de la jurisprudencia mayoritaria que extiende su aplicabilidad también en vía administrativa en todo caso, y no solo como defiende la autora para los casos en los que la interposición del recurso administrativo sea condición sine qua non para acceder a la jurisdicción, por ejemplo en el recurso de alzada), de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa desconectada de la idea de interés legítimo (art. 19.1 a) LJCA) en función de su representación democrática. Máxime, si consideramos que al tratarse la contratación pública una materia especial y el recurso especial un recurso *ad hoc*, el problema no es si quien puede lo más (recorrir vía jurisdiccional) puede lo

⁵⁴ S. DÍEZ SASTRE <<La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública>>, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2012 (04/13). Pp. 203-322.

menos (impugnar vía administrativa), sino si <<quien puede lo general, puede lo especial>>.

En otro orden de cosas, en lo que respecta a la legitimación de los Grupos Políticos, siguiendo la doctrina emanada por el TACP Madrid, Resolución 68/2013, la legitimación, por lo argumentado *supra*, la ostentan los Concejales, no los grupos políticos, reconociéndose legitimación al grupo político, si y sólo si, todos y cada uno de sus miembros votaron en contra del acuerdo y expresaron su decisión de recurrir, ya que de lo contrario el grupo no ostentará legitimación y si la ostentarán individualmente los Concejales disidentes para deducir el oportuno recurso, ex art. 63.1 b) LBRL.

- Uniones Temporales de Empresarios. (UTE)

La capacidad para contratar de las Uniones Temporales de Empresarios con la Administración está expresamente prevista en el art. 59 TRLCSP, si bien la particularidad de esta figura es que se configura bajo una serie de notas que sustentan su posición ante la Administración. Así las UTEs no tienen personalidad jurídica propia, no siendo necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor, su duración es coincidente con la del contrato para el que se constituyen, los empresarios quedan obligados solidariamente ante la administración y deberán nombrar un apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar derecho y cumplir obligaciones, sin perjuicio de que existan poderes mancomunados para la realización de cobros y pagos de cuantía significativa. Así, éstas características son interesantes a los efectos de valorar cómo una UTE puede impugnar un acto o acuerdo, ya que en principio a tenor de la ley, sólo podría articularse a través del representante o apoderado único. Sin embargo, ¿cabe reconocer legitimación a uno de los componentes de la UTE individualmente considerado? En derecho español, una parte importante de la doctrina administrativa ha interpretado de forma generosa esta legitimación y admite que una de las empresas que participó en el procedimiento de adjudicación en el marco de una UTE impugne de forma individual. En ésta línea, el TACRC en resoluciones 105/2011 y 313/2013, admite, en ésta última la legitimación del recurso interpuesto por tres de las cuatro empresas que conformaban el compromiso de constituirse en UTE aun cuando la cuarta muestra públicamente su intención de no impugnar mediante comunicado, puesto que debe acogerse la argumentación que cualquiera de los partícipes puede actuar en

defensa de los derechos de una comunidad de bienes. Máxime, cuando también se admite legitimación activa en el caso de que el recurso fuera interpuesto en nombre de uno de los que se habían presentado al procedimiento de licitación con el compromiso de constituirse en UTE, porque el sentido amplio que el art. 42 TRLCSP da al concepto de legitimación, permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación. (Acuerdos TACPA 21/2012 y 47/2012)

- Sindicato o Comité de empresa.

Para el caso de que el recurrente sea un sindicato o un comité de empresa, los tribunales admiten la legitimación de los mismos si se constata una verdadera conexión directa entre el recurso y los intereses de los trabajadores representados por la organización. Es por ello que los sindicatos, deben probar un interés específico subyacente para acreditar su legitimación, así el otorgamiento de legitimación se otorgará caso por caso. Sobre esta legitimación activa de un tercero no licitador para impugnar los actos de un procedimiento de adjudicación, el Acuerdo 1/2012 TACPA, atribuye legitimación para impugnar al Comité de empresa cuando se recurren los pliegos que rigen la contratación en lo relativo a los horarios y los centros de los trabajadores en los que debería subrogarse la empresa adjudicataria, puesto que podrían derivarse perjuicios en relación con las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados. En definitiva, la *ratio decidendi*, está en probar la existencia de un vínculo directo entre los intereses de los trabajadores representados y el asunto planteado, de forma que cuando no quede acreditado, no se deberá de otorgar legitimación a tales sujetos. Por contra, el Acuerdo 60/2013 TACPA, considera que un grupo de trabajadores por sí mismo carece de legitimación para poder interponer recurso especial al exigirse un interés legítimo vinculado a la prestación del contrato, el cual no queda acreditado, puesto que las alegaciones de los recurrentes estaban basadas en hipotéticas condiciones futuras e imprecisas (despidos, EREs), de modo que para que pudiera acreditarse interés legítimo, la anulación de las cláusulas debería repercutir de manera efectiva y acreditada en la esfera jurídica de los mismos, y no de un modo hipotético, potencial y futuro.

- Asociaciones de empresas.

Las asociaciones de empresas también pueden estar legitimadas para interponer el recurso especial. El TACPA en sus Acuerdos 36/2012, 38/2012, 39/2012, y 41/2012, entiende que se acredita la legitimación de las Asociaciones de Empresas, ya que el interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la asociación, en cuanto posibles participantes en la licitación. Es por ello necesaria una vinculación entre los asociados y la licitación, para que quede acreditado el interés legítimo (RTACRC 110/2013).

- Colegios profesionales.

En consonancia con lo anterior para las Asociaciones de empresarios, el TACPA en el Acuerdo 45/2013, otorga legitimación para interponer recurso especial a un Colegio profesional (Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid), puesto que partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional que avala un concepto amplio de legitimación, en el sentido de determinar que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación por falta de interés legítimo a un recurrente (STC 38/2010), y lo dispuesto por el art. 42 TRLCSP que permite recurrir a quienes tengan interés legítimo, el interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través del Colegio, en cuanto posibles participantes en la licitación, de conformidad con sus Estatutos (en el mismo sentido TARCJA, resolución 157/2013).

2.5- La tramitación del recurso especial.

En primer lugar y con carácter previo a centrar el análisis del presente apartado en lo que respecta al *iter* procedimental previsto por la regulación legal acerca del recurso especial, considero preciso dedicar unas líneas en lo que concierne a la regulación legal de las medidas provisionales en la legislación estatal de contratación pública, la cual dedica a ésta figura el art. 43 TRLCSP.

Sin embargo, esta situación ha cambiado de la mano del Derecho europeo, ya que la garantía de subsanación de las infracciones en la fase en que aún pueden corregirse ha venido a configurar un breve procedimiento de recursos que, para ser efectivo, debe asegurar la adopción de medidas cautelares que sí podrán mantenerse el

tiempo suficiente como para garantizar una resolución legal del procedimiento de adjudicación antes de la celebración y ejecución del contrato.

En este sentido la legislación de contratos del sector público, tras la redacción dada por la Ley 34/2010, como explica didácticamente J.A. RAZQUIN, la solicitud de medidas provisionales se configura de forma dual (a la que añadiré una tercera), de un lado como una vía previa, específica e independiente del recurso, de forma que las personas legitimadas para interponer recurso especial pueden solicitar la adopción de medidas provisionales, ante el órgano competente para su resolución, con anterioridad a la interposición del recurso, ex art. 43.1 TRLCSP. Estas medidas provisionalísimas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, pudiendo incluirse entre éstas, las destinadas a suspender el procedimiento de adjudicación o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. No obstante, hay que advertir que para la adopción de las medidas es posible que se exija caución o garantía suficiente para responder de los posibles perjuicios que pudiesen derivar de su adopción (art. 43.3 TRLCSP). Y de otro lado, como petición adicional en el escrito de interposición del recurso, ex art. 44.4 TRCSP. No obstante, añadido, a la vista de la regulación legal, otro momento de solicitud de medidas provisionales posterior al anterior es, una vez esté tramitado el recurso especial, ya que el art. 46.3 *in fine* TRLCSP así lo prevé. Para este caso, el órgano competente resolverá al respecto siguiendo el procedimiento que ahora paso a explicar, sin suspender el procedimiento principal.

Para el segundo de los supuestos, el órgano decisorio, comunicará la solicitud al órgano de contratación a los efectos de que realice las alegaciones oportunas en dos días hábiles. En caso de que no las formule en plazo, el procedimiento continúa y deberá resolverse en un plazo de cinco días hábiles a contar desde el día de presentación de la solicitud. (art. 43.2 TRLCSP). En este caso la adopción de medidas cautelares no debe ir seguida necesariamente de la interposición de recurso especial, sino que las medidas provisionales pueden adoptarse de forma autónoma ponderando el riesgo para los intereses en juego y la gravedad de la infracción, si bien, ello afectará a su duración.

Así las cosas, en relación con el primer supuesto, esto es, la solicitud de medidas provisionales como vía previa, tienen el carácter accesorio y dependiente del recurso principal, de forma que decaerán automáticamente cuando en el plazo legalmente

previsto no se presente el recurso (art. 43.5 TRLCSP). Si por el contrario, el interesado interpone recurso especial antes de que se resuelva sobre las medidas provisionales, la decisión sobre las medidas provisionales se adoptará en el marco más amplio de tramitación del recurso (art. 43.2 TRLCSP).

Finalmente, la decisión en torno a la adopción o no de las medidas provisionales solicitadas no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de que las resoluciones adoptadas en el procedimiento principal puedan recurrirse por la vía habilitada a tal efecto, ex art. 43.2 *in fine* TRLCSP. En éste sentido me alinee con la postura de S.DÍEZ SASTRE en el sentido de considerar que la posibilidad de impugnar las decisiones recaídas en el procedimiento principal parece suficiente para salvaguardar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. No obstante, para los supuestos en que la solicitud de medidas provisionales es autónoma y no se acompaña de un recurso especial posterior, podría plantearse un problema de constitucionalidad, de forma que una interpretación conforme al art. 24.1 CE, como derecho de acceso a la jurisdicción, exige, que en esos casos si se admita la posibilidad de interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una vez analizada la regulación relativa a las medidas provisionales, paso a comentar los aspectos procedimentales básicos relativos a la tramitación del recurso.

A estos efectos y con carácter previo, como novedad introducida por la Ley 34/2010, el TRLCSP prevé en su art. 44.1 el deber de anunciar previamente mediante escrito el propósito de su interposición ante el órgano de contratación, especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto de recurso dentro del mismo plazo que para la interposición del recurso (art. 44.2 TRLCSP).⁵⁵ Si bien, sobre ésta cuestión la práctica de los tribunales administrativos de contratos públicos ha incidido sustancialmente mediante la consolidación de su doctrina, de forma que tanto el TACRC como el TACPA consideran que la finalidad del anuncio de interposición es que la entidad contratante conozca que contra su resolución se va a interponer la pertinente reclamación, finalidad que se cumple mediante la propia presentación del

⁵⁵ En éste sentido se pronuncia el art. 1.4 Directiva 89/66/CE, que admite que los Estados miembros puedan exigir que << la persona que desee interponer recurso haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso >>. En idéntico sentido se pronuncia la Directiva 92/13/CEE, ex art. 1.3 *in fine*. Si bien, todo ello, siempre que no afecte al plazo de espera entre la adjudicación y celebración del contrato (art. 2 bis.2 Directiva 89/66/CE) y a los plazos de interposición del recurso (art. 2 quater Directiva 89/66/CE).

recurso ante el registro del órgano de contratación, subsanando la ausencia del anuncio previo de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, en consecuencia, bajo esta postura en mi opinión éste trámite quedaría vacío de contenido, en atención al principio de economía procesal ⁵⁶

Tras el análisis de ésta cuestión previa, el procedimiento de recurso se inicia con la presentación de un escrito, en el plazo de 15 días hábiles a contar dependiendo del concreto acto que sea objeto de impugnación conforme a las reglas del art. 44.2 TRLCSP, en el que el interesado debe hacer constar, ex art. 44.4 TRLCSP, el acto recurrido, el motivo que fundamenta el recurso, los medios de prueba que quieran emplearse en el procedimiento, así como, en su caso, las medidas provisionales cuya adopción se solicite. Además, junto al escrito de recurso, el interesado debe aportar la documentación prevista en el art. 44.4 TRLCSP, de forma que en el caso de que falte alguno de los elementos formales que la ley requiere, se inste a éste para su subsanación en el plazo de tres días hábiles, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el art. 42.5 LRJ-PAC, ex art. 44.5 TRLCSP.

En lo que respecta al lugar de presentación, a tenor de lo dispuesto en el art. 44.3 TRLCSP, el escrito de recurso debe presentarse ante el órgano de registro del órgano de contratación o del órgano competente para resolver el recurso. Es por ello, que llama la atención el hecho de que la ley de contratos configure una regla en un sentido más estricto que para el procedimiento administrativo común, ex art. 38.4 LRJ-PAC, dónde se prevé un régimen más amplio, mediante la apertura de la posibilidad de interposición de los recursos administrativos ante los registros de los órganos de cualquier órgano administrativo, representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero, e incluso en las oficinas de correos, lo que sin duda resulta en perjuicio de los licitadores no españoles. Sin embargo, entiendo que a pesar de que éste se configure en un sentido más gravoso que lo previsto para el procedimiento administrativo común, lo que supone una menor garantía para los recurrentes que ven restringidos los lugares de presentación

⁵⁶ La propia guía de procedimiento ante el TACPA prevé en su pág. 4 que <<la presentación del recurso en el registro del órgano de contratación, implica la comunicación previa exigida>>.

En línea a ésta interpretación se adhiere la RTACRC 211/2011, y en la misma línea pero en base a otra argumentación, RTACRC 334/2013 y 211/2013, al considerar que la misma finalidad se consigue <<cuando por el Tribunal se reclama, con remisión del escrito de interposición de la reclamación, el expediente de contratación, junto con el cual la entidad contratante habrá de remitir en el plazo de 2 días hábiles el correspondiente informe. El principio de economía procesal impone esta conclusión >>

dentro de plazo de sus escritos de recurso, hay que ponerlo en relación con la especial brevedad que se persigue por las directivas en éste concreto proceso de recurso para ofrecer una tutela efectiva restitutoria y con las restantes garantías existentes en su seno (plazo de espera obligatorio) lo que legitima dicha regulación. De lo contrario obligaría a una ampliación del plazo de recurso.

Dentro de estas cuestiones preliminares, también considero preciso destacar que algunas Comunidades Autónomas se han aventurado a crear *ex novo* una tasa por la realización de las actividades que son competencia de los órganos de recurso especial en materia de contratación pública. Este es el caso, de la Comunidad Autónoma de Madrid y la de Cataluña, si bien con dispar fundamento. Así, mientras que la tasa instaurada por la C.A. de Madrid es soportada por la Entidad contratante contra cuya actuación se presenta el recurso en el sentido de entender que es a ellas a quienes se presta el servicio de resolución del recurso, y no al recurrente. En Cataluña, sin embargo, en virtud de la reciente Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, ha creado la referida tasa por el ejercicio de las facultades atribuidas al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (art. 37), cuyo peso recae sobre el recurrente, cuestión del todo criticable, de tal modo que la presentación del pago de la tasa, se erige como requisito de admisibilidad del recurso. En este sentido, crítico con la instauración de la tasa se muestra la opinión de M.Á. BERNAL BLAY, a la cual me adhiero, ya que al fijar el pago de la tasa como requisito previo de admisibilidad del recurso, supone ir en contra de las funciones preventivas y correctivas de los órganos de recurso especial en materia de contratación pública, que lejos de aprovecharse de su actuación en pro de la garantía de una buena administración y de lucha contra la corrupción, se le imponen trabas cuantitativas de acceso al mismo. De esta forma no entiendo que subyazca en la instauración de tal medida limitativa del acceso a la tutela de los órganos administrativos especiales en materia de contratación más que fines de los meramente recaudatorios, ya que si el sentido fuera el de evitar el abuso de éste recurso por los recurrentes, el TRLCSP ya prevé una medida para tal ocasión, multas por mala fe o temeridad (art. 47.5), sino que, parece intuirse por parte del Gobierno de Cataluña, una cierta reacción de control contra la independencia de la que goza su tribunal, al objeto de desalentar a los recurrentes a ejercer su derecho a recurrir, y evitar resoluciones contrarias a los intereses de la Comunidad Autónoma por parte de éste tribunal especializado independiente, tras el

famoso caso de privatización de *Aigües Ter Llobregat*, pendiente de resolución judicial.⁵⁷

Una vez interpuesto en recurso, dando cumplimiento a las previsiones contempladas con anterioridad, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2007/66/CE, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación, ex art. 45 TRLCSP. Dicha garantía, que trata de evitar una consolidación de los intereses en juego contrarios a la garantía de la legalidad de adjudicación, hay que ponerla en relación con el plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato (art. 156.3 TRLCSP), que coincide con el plazo de interposición del recurso (art. 43.2 TRLCSP), que impiden que el contrato no llegue a celebrarse hasta que se dé una respuesta en torno a la legalidad del procedimiento de adjudicación. Además, esta suspensión, en virtud de lo dispuesto en el art. 47.4 TRLCSP, debe mantenerse hasta que el órgano competente lo considere conveniente, y en su caso, en el momento de resolver sobre el fondo del asunto, por lo que no es necesario que ésta se mantenga hasta el final del procedimiento de recurso, sino que el órgano puede valorar si conviene o no continuar paralizando la formalización del contrato.

Una vez iniciado el procedimiento, éste se articula bajo el principio de celeridad en la tramitación, ya que la propia eficacia del recurso sólo se garantiza mediante un recurso rápido y con efectos suspensivo para garantizar el efecto útil del recurso. Ex art. 46.2 TRLCSP, cuando el recurso se interpone ante el órgano competente para resolverlo, el mismo día de su presentación se notifica al órgano de contratación y se le requiere el expediente de contratación, para que lo remita en los dos días hábiles siguientes acompañado de un informe. Por el contrario, si el recurso se interpuso ante el órgano de contratación, tiene dos días hábiles desde su recepción para enviar el expediente, el informe y el escrito de recurso al órgano competente.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, se trasladará el recurso a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, decidiéndose en este mismo plazo acerca de la solicitud de medidas cautelares, además de decidir sobre la suspensión automática (art.

⁵⁷ M.Á. BERNAL BLAY en <<No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública>> publicado el 5 de marzo de 2014, en Observatorio de contratos Públicos: www.obcp.es.

46.3 TRLCSP). Cuando haya transcurrido el plazo de alegaciones de los interesados, cabe acordarse la apertura de un periodo de prueba por un plazo de diez días hábiles para que se practiquen las que se consideren pertinentes, anunciándose la práctica de las mismas con antelación suficiente a los interesados. Finalmente, tras finalizar el plazo de cinco días de alegaciones de los interesados o, en su caso el plazo de prueba, el órgano competente tiene un plazo de cinco días hábiles para dictar resolución expresa, notificándose a continuación la resolución a los interesados, sin que tampoco se prevea un plazo específico para llevar a cabo dicha notificación (art. 47.1 TRLCSP). El contenido de la resolución podrá ser de inadmisión, o de estimación o desestimación total o parcial, y en su caso la imposición de sanción por la existencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso (art. 47.5 TRLCSP).⁵⁸ En todo caso, deberá ser congruente con la petición y estar adecuadamente motivada, ex art. 47.2 TRLCSP y art. 54.1 b) LRJ-PAC. La resolución podrá, anular las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, retrotraer las actuaciones, acordar la adjudicación del contrato a otro licitador concediéndole el plazo de diez días hábiles para que cumplimente los requisitos del art. 151.2 TRLCSP, y en caso de que hubiera sido solicitado por el interesado determinar la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados (arts. 47.3 y 48 TRLCSP y art. 141 LRJ-PAC). Para la fijación del *quantum* indemnizatorio, se atenderá a criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En todo caso la indemnización deberá resarcir al reclamante cuando menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

Ante el silencio que guarda la normativa de contratos respecto del plazo máximo para resolver y notificar, así como el sentido del silencio, en aplicación de lo previsto en el art. 46.1 TRLCSP, lo no previsto en la norma especial se regirá por lo previsto para el

⁵⁸ El TACPA impuso su primera multa por interposición del recurso especial de mala fe. Por Acuerdo 11/2011, de 7 de julio de 2011, se impuso a un licitador la multa de 1.000€, ya que de forma indebida ocultó un dato en la justificación del recurso, acompañando como única documentación un segundo fax, conociendo de la existencia del primero, pretendiendo así ocultar su clara falta de diligencia en la organización empresarial. El tribunal aprecia mala fe en la interposición del recurso, por cuanto se entiende que hay una clara intención de confundir al Tribunal con los datos aportados, produciendo retrasos en la tramitación del contrato con los correspondientes perjuicios para la entidad licitadora. No obstante, S. DÍEZ SASTRE entiende que, a pesar de ser acorde esta regulación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el principio de legalidad sancionadora (art. 25 CE), sin embargo, denuncia que la regulación prevista en el art. 47.5 TRLCSP, no contienen ninguna garantía procedimental a favor del recurrente, sin tener la posibilidad de formular alegaciones previas a la interposición de la sanción, por lo que no es conforme con las garantías procedimentales propias del procedimiento penal.

procedimiento administrativo común, de forma que según el plazo máximo para resolver y notificar será de tres meses ex art. 42.3 LRJ-PAC, teniendo sentido negativo el silencio administrativo, al tratarse de un procedimiento de impugnación de actos, ex art. 43.1.2º párrafo LRJ-PAC.

Contra la resolución adoptada, ya sea expresa o en virtud de silencio administrativo negativo (presunta) procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo (art. 49 TRLCSP). Así la LJCA atribuye competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ex art. 11.1 f) LJCA, para conocer de las impugnaciones contra las resoluciones dictadas por el TACRC, excepto cuando sean resoluciones dictadas por éste en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, cuya competencia se atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ respectivos, ex art. 10.1 k) LJCA, así como también se atribuyen a los TSJ, las resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales. (art. 10.1 l) LJCA).

3- CONCLUSIÓN. EL RECURSO ESPECIAL EN UNA VISIÓN DE CONJUNTO. PROPUESTAS DE MEJORA.

Tras un análisis completo y exhaustivo del régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación pública, al análisis no sólo de lo sucinto de su regulación legal sino también en lo que respecta su complemento por la doctrina administrativa y la jurisprudencia que gravita sobre esta figura, me permite tener una opinión formada acerca de la conveniencia de la misma, su eficacia, así como de los sombras más importantes a resaltar en lo que concierne a su regulación. A éste respecto, a pesar de opiniones críticas en otro sentido, que se cuestionan incluso la necesidad de la introducción de la figura, habiendo sido suficiente con potenciar los instrumentos ya existentes, justificando el tratamiento específico de la misma no en la ineficacia de la

regulación anterior, sino en la enorme transcendencia económica de la materia provocando por su regulación vigente problemas allí donde no los había.⁵⁹

Empero, entiendo que, la configuración del régimen tal y como se prevé en la actualidad consecuencia de la importante reforma operada por la Ley 34/2010, derivada de la obligación de transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las prescripciones recogidas en la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, cuya plazo de transposición ya había vencido, junto a la obligación de dar cumplimiento a la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España por la insuficiencia del sistema de recursos, por la que se da una vuelta de tuerca más al sistema a favor de optar por la creación de órganos administrativos especializados en materia de contratación pública de naturaleza cuasi-jurisdiccional, por su carácter de independientes, es cuanto menos satisfactoria, en el sentido de destacar las bondades de la misma, principalmente la configuración de un recurso que a mi modo de ver satisface parcialmente las exigencias de las Directivas recursos en el sentido de establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de la perfección del contrato, debido a la previsión de un plazo de espera obligatorio entre la decisión de adjudicación y la perfección del contrato (art. 156.3 TRLCSP), plazo de espera que se hace coincidir con el plazo para la interposición del recurso contra la decisión de adjudicación (art. 44.2 TRLCSP), y la suspensión automática del procedimiento cuando lo que se impugne sea el acto de adjudicación (art. 45 TRLCSP) en tanto el Tribunal no resuelva lo contrario, o en su caso en tanto no recaiga resolución sobre el fondo, garantizan el efecto útil del recurso, esto es, la eficacia del mismo, evitando la consolidación de actos que de difícil restitución, y en definitiva consiguiendo que se encauce el procedimiento de adjudicación de un contrato del sector público bajo el estricto sentido de la legalidad, aportando seguridad jurídica al sistema y consiguiendo que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato no se presenten como

⁵⁹ Esta opinión es sustentada por GERARDO MARÍNEZ TRISTÁN en << ¿El recurso especial la solución o el problema? >>, Jornada sobre Contratación Pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 25 de abril de 2013, pp. 45-53.

una mera declaración de intenciones sin sustrato material de fondo, dotando credibilidad al sistema al bajo las notas de rapidez, eficacia e independencia.

Sin embargo, en esta montaña rusa de emociones a la que el legislador nos tiene acostumbrados, que consigue mi admiración y aversión a partes iguales, se dan una serie de sombras o lagunas en el sistema especial de recursos que *de lege ferenda* tienen que ser superados por el legislador. Me estoy refiriendo a las consideraciones analizadas *supra* en detalle, que hacen necesario que el sistema de recursos sea calificado como fragmentario, incompleto y potestativo, que por su especial configuración hacen de éste un sistema complejo y alambicado, que permite diferentes vías de recurso, especial en materia de contratación, administrativo general, o jurisdiccional con las diferencias sustanciales procesales y procedimentales que cada uno de ellos conlleva, acentuándose las diferencias entre los grandes licitadores y los pequeños y medianos, y que debilitan al sistema en lo que respecta a las bondades antes señaladas

En conclusión, se debe de conminar al legislador para que actúe en favor de un sistema de recurso obligatorio, unitario y no fragmentado, a favor de una extensión integral del sistema que no se erija en torno a consideraciones cuantitativas, que extienda su ámbito de aplicación no sólo a las fases de preparación y adjudicación sino también a la de ejecución, dado cabida al control de las modificaciones contractuales convencionales y legales (arts. 106 y 107 TRLCSP), acorde con las exigencias de nueva gestión pública presidida por la transparencia, integridad y la eficacia, dando un paso más contra la corrupción en esta concreta materia.

- BIBLIOGRAFÍA.

BAÑO LEÓN. J. M <<El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional>>, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, pp.137

BERNAL BLAY, M.Á. <<Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007>>, *Contratación Administrativa Práctica*. Núm. 100, 2010. Pp. 34.

BERNAL BLAY, M.Á. <<El control sobre la modificación de los contratos públicos>>, publicado el 1 de septiembre de 2011, en *Observatorio de contratos Públicos*: www.obcp.es.

BERNAL BLAY, M.Á. <<Tribunales de contratos y Administración Local>>, publicado el 27 de febrero de 2012, en *Observatorio de contratos Públicos*: www.obcp.es.

BERNAL BLAY, M.Á. <<Tribunales de contratos y Administración Local>>, publicado el 27 de febrero de 2012, en *Observatorio de contratos Públicos*: www.obcp.es.

BERNAL BLAY, M.Á. <<La independencia de los órganos de recurso especial de las Entidades Locales>> publicado el 16 de septiembre de 2013, en *Observatorio de Contratos Públicos*: www.obcp.es.

BERNAL BLAY, M.Á. <<No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública>> publicado el 5 de marzo de 2014, en *Observatorio de contratos Públicos*: www.obcp.es.

CALVO RUATA, P. <<La zozobra de la modificación de los contratos públicos>>, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2011 I 03 I 2012.

CUDERO BLAS, J. *Revista de Jurisprudencia*, número 1, de 10 de mayo de 2012.

DÍEZ SASTRE, S. << El recurso especial en materia de contratación pública>> *Anuario de Derecho Municipal* núm. 5, 2011, pp. 128-162.

DÍEZ SASTRE, S. <<La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública>>, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2012 (04/13). pp. 203-322.

GALLEGO CÓRCOLES, I <<La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público>>, *Anuario de Derecho Municipal* 2010, núm. 4, 2011, pp. 147 y ss.

GIMENO FELIU, J.M^a. <<Notas sobre el Recurso Especial y su finalidad y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: su doctrina>> *DA. Revista Documentación Administrativa* nº 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 161-182.

GIMENO FELIU, J.M^o (dir.) <<El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos>>, *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 214 y ss.

GIMENO FELIU, J.M^a. <<La nueva gestión pública>> *Heraldo de Aragón*, de 7 de enero de 2012.

GIMENO FELIU, J.M^a <<Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva>>. *Revista Catalana de dret públic* núm. 47 (2013), pp. 100.

GIMENO FELIU, J.M^a. <<La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable>>, en la Jornada sobre Contratación Pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 25 de abril de 2013.

HERNÁEZ SALGUERO, E. <<Una visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual>> en la Jornada sobre Contratación Pública, Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 25 de abril de 2013, pp. 163-188.

MARÍNEZ TRISTÁN, G. << ¿El recurso especial la solución o el problema? >>, Jornada sobre Contratación Pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 25 de abril de 2013, pp. 45-53.

NOGUERA DE LA MUELA, B. <<El Recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE>>, en *El Derecho de los Contratos Públicos*, pp. 296 y ss.

PIÑAR MAÑAS, J.L. <<El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria>>, en *Libro Homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid 1993, pp. 782.

TORNOS MAS, J <<Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas>>, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59 (2007), pp. 51.